

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 137

Харків
2017

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 № 13 від 25.05.2017 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. Паюв*; д-р юрид. наук, проф. *О. В. Петришин*; д-р юрид. наук, проф. *С. Г. Серьогіна*; канд. юрид. наук, проф. *В. І. Тютюгін*; д-р юрид. наук, проф. *В. Ю. Шенітько*; д-р юрид. наук, проф. *О. Г. Шило*; д-р юрид. наук, проф. *М. В. Шульга*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Яроцький*.

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

Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. *В. Я. Тацій*. – Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2017. – Вип. 137. – 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), «WorldCat» (США), «Scientific Indexing Services» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Іспанія), «Index Copernicus International» (Польща), «Science Impact Factor» (Австралія), «Bielefeld Academic Search Engine» (Німеччина), «Directory of Research Journals Indexing» (Індія), «International Innovative Journal Impact Factor» (Індія), «Open Academic Journals Index» (РФ), «РІНЦ» (РФ); має повнотекстові мережеві версії в Інтернеті на платформах Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського, «Наукова періодика України», «Central and Eastern European Online Library» (Німеччина), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республіканської Міжвузівської Електронної Бібліотеки (Казахстан) та ін. Наразі збірник проходить процедуру індексації в Scopus та інших міжнародних наукометричних базах.

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

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

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

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2017

UDC 340(06)

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 IIP, 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 № 13, 25.05.2017.

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

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

Problems of legality : Collection of Scientific Works / executive editor Vasyl Tatsiy. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2017. – Issue 137. – 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), «WorldCat» (USA), «Scientific Indexing Services» (USA), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (USA), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Spain), «Index Copernicus International» (Poland), «Science Impact Factor» (Australia), «Bielefeld Academic Search Engine» (Germany), «Directory of Research Journals Indexing» (India), «International Innovative Journal Impact Factor» (India), «Open Academic Journals Index» (Russia), «RSCI» (Russia); has a full text net copys in the Internet on the platforms of V. I. Vernadsky National Library of Ukraine, «Scientific Periodicals of Ukraine», «Central and Eastern European Online Library» (Germany), Republican Interuniversity Electronic Library (Kazakhstan) et al. The collection is currently undergoing indexation procedure in Scopus and other international scientometric databases.

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

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

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

© Yaroslav Mudryi National Law University, 2017

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 № 13 от 25.05.2017 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. Тютюгин*; д-р юрид. наук, проф. *В. Ю. Шепитько*; д-р юрид. наук, проф. *А. Г. Шило*; д-р юрид. наук, проф. *М. В. Шульга*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Яроцкий*.

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

Проблемы законности : сб. науч. трудов / отв. ред. В. Я. Тацій. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2017. – Вып. 137. – 208 с.

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

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

Сборник научных трудов индексируется в Google Scholar, в международных реферативных базах данных «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Scientific Indexing Services» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Испания), «Index Copernicus International» (Польша), «Science Impact Factor» (Австралия), «Bielefeld Academic Search Engine» (Германия), «Directory of Research Journals Indexing» (Индия), «International Innovative Journal Impact Factor» (Индия), «Open Academic Journals Index» (РФ), «РИНЦ» (РФ); имеет полнотекстовые сетевые версии в Интернете на платформах Национальной библиотеки Украины имени В. И. Вернадского, «Научная периодика Украины», «Central and Eastern European Online Library» (Германия), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республиканской Межвузовской Электронной Библиотеки (Казахстан) и др. В настоящее время сборник проходит процедуру индексации в Scopus и других международных наукометрических базах.

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

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

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

© Национальный юридический университет
имени Ярослава Мудрого, 2017

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Семеніхін І. В.</i> Використання правової доктрини у судовій аргументації (англійською мовою).....	8
<i>Пушняк О. В.</i> Дія у часі судових рішень з нормоконтролю в Україні	19
<i>Шигаль Д. А.</i> Вибір теми порівняльного історико-правового дослідження: питання методики.....	32

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

<i>Андрейцев В. В.</i> Ліцензійно-правові умови здійснення господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин (об'єктів).....	44
<i>Тертишна Л. С.</i> Господарсько-правовий механізм реалізації державної регіональної політики.....	56
<i>Вакім В. Е.</i> Методологія формування спеціального режиму інноваційної діяльності: постановка проблеми.....	66

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

<i>Гетьман А. П., Зуєв В. А.</i> Екологічне право: роздуми про його витоки та перспективи розвитку.....	75
<i>Єрмолаєва Т. В.</i> Проблеми доступу до правосуддя при захисті екологічних прав.....	92

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Климосюк А. С.</i> Безпосередній об'єкт диверсії (стаття 113 КК України).....	101
<i>Копйова І. А.</i> Змова на вчинення злочину як обов'язкова ознака співучасті.....	113
<i>Базелюк В. В., Витвіцька О. С.</i> Соціально-економічні та нормативні фактори встановлення кримінальної відповідальності за посягання на культурні цінності.....	123
<i>Калініна А. В.</i> Морально-психологічні ознаки злочинця-іммігранта в Україні.....	132
<i>Вітрова Д. В.</i> Деякі питання визначення вини як обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони сепаратизму.....	142
<i>Оберемко Ю. О.</i> Віктимологічна профілактика умисних убивств, що вчиняються з корисливих мотивів.....	149
<i>Вегера-Іжевська І. В.</i> Правовий статус особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук	157

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Керікмає Т.</i> Хартія ЄС: її природа, інноваційний характер та горизонтальний ефект (англійською мовою).....	168
<i>Насіхуддін А. А., Судраят Т., Хандаяні Ш. В.</i> Класифікація та формування законодавчих актів правового регулювання місцевого самоврядування з урахуванням типу, структури та змісту законодавства Індонезії (англійською мовою).....	182
<i>Нвоча М. Е.</i> Трудове законодавство і продуктивність праці в Нігерії (англійською мовою)	192

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Semenihin I. V.</i> The use of legal doctrine in judicial reasoning.....	8
<i>Pushniak O. V.</i> Temporal effect of decisions on judicial review of legislation in Ukraine	19
<i>Shygal D. A.</i> Choice of the subject of comparative historical and legal research: issues of methods	32

ECONOMIC LAW

<i>Andreytsev V. V.</i> The licenses and legal conditions implementation economical activities, related with production especially dangerous chemical substances (objects) in the system means of state regulation and support.....	44
<i>Tertyshna L. S.</i> The economic and legal mechanism of realization of the state regional policy.....	56
<i>Wakim W. E.</i> Methodology of formation of special regime of the innovation activities: articulation of issue	66

ENVIRONMENTAL LAW

<i>Getman A. P., Zuiiev V. A.</i> Environmental law: reflections on its origin and prospects for development	75
<i>Yermolaieva T. V.</i> Problems of access to justice in the protection of environmental rights	92

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY. CRIMINAL PROCEDURE

<i>Klymosiuk A. S.</i> The immediate object of diversion (article 113 of the Criminal Code of Ukraine)	101
<i>Kopylova I. A.</i> Criminal conspiracy as an essential characteristic of complicity	113
<i>Bazeliuk V. V., Vytvitska O. S.</i> Socio-economic and regulatory factors of establishing criminal liability for infringement of cultural property	123
<i>Kalinina A. V.</i> Moral and psychological features of criminal's personality, who is an immigrant in Ukraine	132
<i>Vitrova D. V.</i> Some of the determination of guilt as a mandatory feature of the subjective side of separatism.....	142
<i>Oberemko Yu. O.</i> Victimological prevention murder committed for mercenary motives	149
<i>Vehera-Izhevskaya I. V.</i> The legal status of persons in the dwelling or other private property of which the search is carried out.....	157

INTERNATIONAL LAW

<i>Kerikmäe T.</i> EU Charter: its nature, innovative character and horizontal effect	168
<i>Nasihuddin A. A., Sudrajat T., Handayani S. W.</i> Classification and formulation of local regulation products based on suitability of legislation type, hierarchy, and legal substance in Indonesia.....	182
<i>Nwocha M. E.</i> Industrial law and the productive capacity of labour in Nigeria	192

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Семенухин И. В.</i> Использование правовой доктрины в судебной аргументации (на английском языке)	8
<i>Пушняк А. В.</i> Действие во времени судебных решений по нормоконтролю в Украине	19
<i>Шигаль Д. А.</i> Выбор темы сравнительного историко-правового исследования: вопросы методики.....	32

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

<i>Андрейцев В. В.</i> Лицензионно-правовые условия осуществления хозяйственной деятельности, связанной с производством особо опасных химических веществ (объектов)	44
<i>Тертышина Л. С.</i> Хозяйственно-правовой механизм реализации государственной региональной политики	56
<i>Вахим В. Э.</i> Методология формирования специального режима инновационной деятельности: постановка проблемы.....	66

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

<i>Гетьман А. П., Зуев В. А.</i> Экологическое право: размышления о его истоках и перспективы развития	75
<i>Ермолаева Т. В.</i> Проблемы доступа к правосудию при защите экологических прав	92

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Климосюк А. С.</i> Непосредственный объект диверсии (статья 113 УК Украины).....	101
<i>Котёва И. А.</i> Сговор на совершение преступления как обязательный признак соучастия	113
<i>Базелюк В. В., Витвицька А. С.</i> Социально-экономические и нормативные факторы установления уголовной ответственности за посягательства на культурные ценности	123
<i>Калинина А. В.</i> Морально-психологические признаки личности преступника-иммигранта в Украине	132
<i>Ветровая Д. В.</i> Некоторые вопросы определения вины как обязательного признака субъективной стороны сепаратизма	142
<i>Оберемко Ю. А.</i> Виктимологическая профилактика умышленных убийств, совершаемых из корыстных побуждений	149
<i>Вегера-Ижевская И. В.</i> Правовой статус лица, в жилье или ином владении которого производится обыск.....	157

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Керикмае Т.</i> Хартия ЕС: ее природа, инновационный характер и горизонтальный эффект (на английском языке)	168
<i>Насихуддин А. А., Судраят Т., Хандаяни Ш. В.</i> Классификация и формирование законодательных актов правового регулирования местного самоуправления с учетом типа, структуры и содержания законодательства Индонезии (на английском языке)	182
<i>Нвоча М. Э.</i> Трудовое законодательство и производительность труда в Нигерии (на английском языке)	192

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



Semenihin Igor Victorovich,
*PhD in Law, 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.137.101452
UDC 340.143

THE USE OF LEGAL DOCTRINE IN JUDICIAL REASONING

This article is primarily concerned with investigating whether and to what extent legal doctrine actually influences judicial decision-making process in Ukraine and others countries. It is concluded that legal doctrine not only assists judges, but somehow restricts their exercise of discretionary power.

Keywords: citation practice; judicial opinion; judicial decision; legal doctrine; source of law.

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 в судебной аргументации

Исследованы особенности влияния правовой доктрины на процесс принятия судебных решений в Украине и других странах. Сделан вывод, что правовая доктрина не только помогает судьям, но также определенным образом ограничивает их при реализации дискреционных полномочий.

Ключевые слова: практика цитирования; позиция судьи; судебное решение; правовая доктрина; источник права.

One may pay attention to theses developed in legal writing not only because of the quality of the reasons proffered therein, but also due to the authoritative position that legal writers occupy.

A. Peczenik

Problem setting. Implementation of the proclaimed course of integration into the European Union, full-scale inclusion of Ukraine into the family of European

nations presupposes the application of European and international principles and standards of a law-governed democratic state. This in turn requires improvement, modernization, and in some cases, the adoption of fundamentally new statutory rules and regulations, implementation of the best European practices. Following the Euromaidan rallies and the «Revolution of Dignity» (2013–2014) the social demand of Ukrainian society for such changes and reforms has significantly increased. This is especially true for those segments of social life and state policy, which on the one hand, are systemically important, and on the other – comprise ineffective archaic elements that are largely inherited from the Soviet past, and are inconsistent with democratic institutions, principles and values. A complete implementation of the latter into the state policy, in various areas of legal practice is complicated by the lack of professionalism and the dominant political, private, corporate interests (with different intensity and in different forms) in the work of many decision makers, and even those senior officials, who are authorized to modernize Ukraine's legal, political, economic systems. The human factor in these processes sometimes is crucial in fact. The updating of the basic mechanisms of social and political development is rather slow; structural reform initiatives are not always put into life. Along with this, conservatism of the political system, lack of effective so-called «social elevators» are significant barriers for rapid and far-reaching reforms that were introduced, for example, in Singapore. Under these conditions in Ukraine, the appearance of a figure, comparable with Lee Kuan Yew, who is often mentioned in Ukraine as an example of a successful reformer, at the moment seems rather illusory.

Today, hopes are high that the judiciary establishment will be reset within the framework of the judicial reform. Not just new people – honest and not corrupt – should put on the judges' robes, but lawyers with new ideas, innovative approaches to the administration of justice. In 2016 an international conference was held, where Ukrainian judges, legal scholars and international experts discussed the topical issues of judicial lawmaking in the mechanism of ensuring the rule of law in modern conditions of reforming justice in Ukraine. In his speech, the Supreme Court of Ukraine Chairman Y. Romanyuk said that the dynamic development of Ukrainian society and changing social conditions in our country are obvious. These circumstances call for not just the development of the legal system of the country, but also for reconsidering the role of courts and judges in the application of both national and international legislation when resolving legal conflicts. Therefore, the lawyers will have to face new challenges and work in the new conditions of legal consciousness and law-enforcement. It has become crucial in practical terms to find and draw on valuable experience of developed countries in regards to judicial lawmaking. Y. Romanyuk also added that «we finally have to acknowledge that there is an objective enlargement of sources of law» [3]. What place does the legal doctrine occupy in the legal system? How do the Ukrainian judges use the legal doctrine, and do they use it at all? Perhaps the judges should change their attitude to legal doctrine? Our picture of the nature of legal doctrine and its genuine influence on the Ukrainian legal system should be updated.

Paper objective. The original views on the phenomenon of legal doctrine can be found in the works of A. Peczenik, F. Shecaira, M. Van Hoecke, N. Jansen, F. Parson, N. Duxbury and others. In the context of our study we will try to describe in general terms the views of Ukrainian researchers on legal doctrine, present them to foreign readers and to lay out our own priorities and accents in the relevant scientific discourse. The specific features of applying legal doctrine in judicial practice in Ukraine, particularly in the context of judicial reasoning will also be covered.

Paper main body. Ukrainian legislation is not perfect – both Ukrainian and foreign experts admit that. For example, many acts adopted during the Soviet period are still in use. For example, the Housing Code is still called the Housing Code of the Ukrainian Soviet Republic (adopted in 1983). The Code contains references to «the October Socialist Revolution», «importance of putting Lenin's ideas on building the communist society into practice» etc. The Soviet Union, Lenin and his ideas have been sent to the museum of history long ago, but the preamble of the Code has not been changed. This is not an isolated case. For example, the current Labor Code of Ukraine, which was passed back in 1971, is also massively outdated. Such acts are out of line with the public mood and expectations, the present state of society; they are in conflict with the policy of European integration of Ukraine and European standards. W. Miller rightly notes that such «outdated legislation» and slow legal change have a negative impact on the country more generally and on the social interests of the population in particular. Ukraine is in a permanent political crisis and necessary legislation is therefore not passed. As regards quality, Ukrainian laws are «poorer» nowadays than they were in the past [9, p. 71]. Frequently changes in the national political climate, acute confrontation between different political forces, low levels of the MPs' expertise become an obstacle in maintaining a clear and balanced legislative policy. Furthermore, in reality all the Ukrainian presidents positioned themselves as reformers. The same applies to the government, with its format changing almost every year. Every new government tried to introduce something new in the life of the society and the state. They have often ignored (consciously or unconsciously) such important principles of reforms as consistency, continuity, systematic and balanced approach.

As a result of such activities, about four thousand statutes have been passed since Ukraine declared independence in 1991, two thirds of which introducing changes to the legislation in force. In addition, tens of thousands of acts were passed at the level of departments, ministries, local authorities, which turn legislation into impenetrable morass, where even experienced professionals can get lost, not to mention average citizens. At the same time, quantitative changes are not transformed into quality. In this regard, it is instructive to recall a statement by a famous philosopher Voltaire: «A multitude of laws in a country is like a great number of physicians, a sign of weakness and malady». As a result, the proportion of shortcomings in the Ukrainian legislation – «gaps», «loopholes» and «collisions» – is constantly growing and sometimes seems to exceed all the reasonable limits, especially in tax law, commercial law, intellectual property law. This situation significantly complicates things for Ukrainian businessmen and foreign investors. At the same time, inordinate

complexity and poor quality of law clash with a core principle of the rule of law – law should be predictable, stable and clear. Still we are not in favour of dramatizing the situation and confining ourselves to criticism. In our view, a more useful approach is to find solutions, work out suggestions and recommendations with due regard to criticisms. Moreover it is not fair to place all the blame on politicians or parliamentarians. Another aspect of this problem is that virtually every day there are new situations in life that the lawmakers objectively are not able to foresee and deal with at the level of statutory law. A good example is the annexation of Crimea and known tragic events in eastern Ukraine (Donbass region), which gave rise to a range of problems and issues, not covered by the Ukrainian law.

Due to the increasing number of legislative acts, respectively, the scope of judicial lawmaking is expanding; the role and importance of judge-made law in making abstract legal provisions more specific and filling in the gaps in statutory law is increasing. Modern Ukrainian law develops in line with the general acceptance of the concept of judicial lawmaking, which was officially denied in the Soviet period, but actually (albeit in the latent form) was applied in practice. Today officially it is recognized that the courts can not refuse to administer justice, on the pretext of lack of relevant legal norms, their ambiguity or inconsistency. When the courts hear cases, which can not be resolved by the mechanical application of statutory rules, they sometimes create new (different from the classic legislative norms) specific legal provisions. Thus they «complete» the law, modernize it, and to some extent correct mistakes made by the legislators. This work of the court is really difficult and complex. In forming their position in the case, the court should take into account and reconcile different interests and values, focus on the principles of justice, wisdom, morality, balancing between them. The court has to opt for a particular decision, not expressly provided for in the legislation in force. Such choice is neither obvious nor mechanical, nor arbitrary. This choice and, in fact, the position of the court should be duly reasoned, since the court's decision should be accepted and assessed positively not only by the parties to the trial, but the legal community and society as a whole.

In the course of search and selection of the relevant arguments, the subjective qualities of a judge – including his/her level of professional training, experience, personal preferences, and even specific intuition – become crucial. The analysis and evaluation of the complex process of administration of justice from the purely formal position through the prism of abstract and depersonalized court is simplistic and can not present a broad picture. Therefore, these factors should be taken into account, as well as those that are external and independent of the judge's personality. They exert considerable influence on shaping the position of the court in the case and, in fact, on the final decision. It is not just about positive law (legislation, precedents and legal customs). The specific features of the judicial hierarchy and professional subculture, the level of public trust in the judicial system, the existing traditions of justice etc. also matter. It is clear that judges do not work in the absolute vacuum. As A. Peczenik has said, “the examples of factors which exert causal influence over law-applying officials but *do not usually qualify as formal sources of law* are views

disseminated by the media, views expressed by private organizations, the intentions of government and other political agents, values widely accepted in civil society, and views expressed by international organizations lacking the formal authorization of international law» [11, p. 14]. In this sense, legal doctrine is a powerful factor, which holds a special place in the puzzle of judicial behavior.

Legal doctrine is also called «legal dogmatics» (Italian «scienza giuridica», German «Rechtswissenschaft», Spanish «ciencia juridical»). The term «legal scholarship» is the most common in the Anglo-American law. As introductory remarks, we should point out that we understand legal doctrine as the views (in the broad sense it also includes ideas, hypotheses, theories, legal constructions, concepts etc.) of known legal scholars, which primarily by virtue of their credibility, persuasiveness are supported by most lawyers. We can find them in various sources: monographs, legal encyclopedias, legal dictionaries, law articles published in legal journals and law reviews etc (so-called «law in books» – this is often the case in continental jurisprudential style). A. Peczenik also noted that legal doctrine (scientia iuris) consists of professional legal writings, e.g., handbooks, monographs, etc., whose task is to systematize and interpret valid law. By production of general and defeasible theories, legal doctrine aims to present the law as a coherent net of principles, rules, meta-rules, and exceptions, at different levels of abstraction, connected by support relations [10, p. 75]. Some of this legal writings (textbooks, monographs) are well respected and frequently cited by other scholars. What is their value to judges?

Legal doctrine – a useful and reliable aid? Let us cite a lengthy quote from the works of an American author M. Radin: «Where does the court find its law? Where does any one find law? That part which is not found in the judge's breast, in the kind of person he is, in his sense of justice, in his education and his environment, must be found in books. Courts rely for guidance not merely on their understanding of the statutes, not merely on precedents in their own and other jurisdictions, but also on books, on treatises written by persons whose only authority was the learning they displayed» [13, p. 415]. Of course, it does not make much sense to spend valuable time searching for relevant literature, to delve into scientific discussions on the pages of academic writings, if the legislation gives direct answers to questions that are brought before the court. However this is not always the case. Moreover, this situation is quite rare.

The courts take the leading role in defining the scope of privacy protection. In this matter, legislation usually defines the general principles that are specified, filled with content by judicial practice. The courts should apply them, taking into account cultural and religious backgrounds, national traditions, customs, social values and more. Scholarly writings are the sources from which judges can draw profound knowledge in these subject matters. Some scientists devote a lifetime to a detailed study of these issues. Their research contribution comprises dozens, and sometimes hundreds of works. Of course, their study is an overwhelming task for the judges. There is no need for this, because the long-term scientific research (as a rule) gets a logical conclusion and implementation in the form of a fundamental scientific work (or several works)

that receives general recognition among lawyers (we must admit that it does not always happen – not all monographs and law articles acquire the status of doctrinal writings). These works are kept in the personal libraries of judges, and are not covered by dust. Legislation cannot give a clear and comprehensive list of information (types of information) on individuals which falls in the category of personal data, and also methods and forms of its protection. Rapid and dynamic changes in social, economic, technological spheres of public life do not allow doing this. If a judge decides a case which is somehow related to these issues, he/she actually has to turn to academic writings where these issues are thoroughly investigated to find information necessary to support legal decision-making – it is difficult to find a judge who is an expert in the sphere of Internet Technologies or Telecommunication Systems. *Thus, legal doctrine is a kind of convenient labor saving device.*

A judge, due to the specifics of his/her work, is immersed in the world of facts, particular dispute and life situations. Therefore, legal studies which suggest solving fairly specific legal problems are especially valuable for judges. Why is a certain behavior pattern allowable (or unallowable)? Is it allowed to listen to private telephone calls or track someone's personal correspondence on the Internet? Who is authorized to do this? How? Under what conditions? Scholars perform a systematic analysis of the existing statutes and general principles of law, international legal standards, the norms of public morality, existing social values etc., and (often by the example of some model cases) give well-reasoned answers to such questions.

In this respect, the work of judges and scholars has a lot in common, which was stressed by a Ukrainian writer N. Gredeskul (1864–1941). We support his statement, that intellectual activities of judges and scientists in the sphere of legal research are very similar. Moreover, N. Gredeskul comes to a conclusion that in terms of logics judges and scholars in fact do the same work. Judges interpret law for applying it in life. If he/she encounters ambiguous norms, he/she gives them the certainty they need. If judges find loopholes, they will fill them by creativity. In essence, dogmatic jurisprudence does the same. Such work of legal scholars is often very authoritative. Often this work is done by remarkable intellectuals. In this respect the work of scholars is probably more important than that of judges. Anyway, judges often turn to academic research results as to authoritative sources. It is not infrequent that court practice is inspired by scholars. Nearly always scientific research goes before court practice regulating new legal issues [2, p. 233]. Thus, judges and scientists, taking joint actions, make an obvious and significant contribution to the development of law. Similar views were expressed by other scholarly writers. S. Dnistrianskyi (1870–1935), Iu. Hambarov (1850–1926), L. Petrazhytskyi (1867–1931) are among them. They considered the scientific field of law, namely dogmatic legal research, as a specific source of law. They considered the scientific field of law, namely dogmatic legal research, as a specific source of law. For this purpose special terms such as «scholar-made law», «scientific law», «the law of approved in science opinions», «bookish law» are used.

It is believed that a judge may support or reject certain scientific ideas and opinions, if they seem absurd or meaningless to him. Scholars can not gain the upper

hand. They can convince – their influence on the minds and will of judges depends primarily on the quality of suggested arguments. Thus, legal doctrine appears in the form of a source of the content-dependent reason for action. The relevance of scholarly writings depends entirely on their persuasiveness. Is it possible to challenge these seemingly unequivocal statements?

On the basis of historical data, we can clearly see that in the life of nations there were periods when the views of scientists were binding on judges. This binding obligation was given to public authorities. In this regard, we should mention a famous Valentinian «Law of Citations» (426 a.d.), which established the list of Roman jurists whose views should be used, as well as their application in court practice. A similar approach was used also during the Middle Ages. Later, because of its purely mechanistic nature this approach was subjected to sharp criticism, as it interferes with making reasonable and fair decisions. Just critical remarks (in a broader context) regarding mechanical jurisprudence can be found in the works of R. Pound. «Legal systems have their periods», said Pound, «in which science degenerates, in which system decays into technicality, in which a scientific jurisprudence becomes a mechanical jurisprudence» [12, p. 607]. Conclusions were made from this negative experience. In particular, the role of judges as machines, which mechanically take decisions, based on statutes (M. Weber) was dismissed. As well as their role as the mouths of passive creatures, who speak the words of the law (Montesquieu). The voices of O. Holmes, B. Cardozo, E. Ehrlich and others (who consistently opposed the abuse of formal logic and conceptual formalism in law) were also heard. Archaic views on jurisprudence, its purpose and functions, particularly in the sphere of adjudication, were also revised. Today, even the works of recognized authors (like Hart, Fuller, Dworkin or Holmes) are not seen as *ratio scripta*. They do not have the status, that the legal treatises developed by Irnerius, Bartolus or Accursius had in the Middle Ages in Europe. A famous phrase of the time «Chi non ha Azzo non vada a Palazzo» today looks a bit strange, and even bizarre. The ghosts of departed masters do not cause awe in today's lawyers.

However, *the modern law can not escape from the scientific character*. In Pound's words, «law is scientific in order to eliminate so far as may be the personal equation in judicial administration, to preclude corruption and to limit the dangerous possibilities of magisterial ignorance» [12, p. 605]. The sound methods and conclusions of competent scientists undoubtedly influence judges and their professional activities. Such influence is not always obvious, but taking no notice or ignoring it – is comparable with denying judicial lawmaking. This effect is assessed primarily in terms of the results it achieves. If it is not helpful in the context of taking a reasonable and fair decision, or alternatively, leads to the opposite results, then, figuratively speaking, the judge can always show any scientist a red card (but an experienced judge will think twice, before sending famous players off – football history, for example, knows examples when during important matches such behavior caused extremely violent reaction of fans, and even led to riots in the stands). So, 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 (including judicial practice).

Unlike mechanical jurisprudence, there is jurisprudence that recognizes an active and creative role of the judge in applying the law and its development. For this jurisprudence, judicial activism, judicial discretion, the concept of «hard case» are not abstract notions, devoid of any meaning and practical significance. As it has been mentioned above, relevant ideas and approaches are gaining recognition and support in Ukraine. Without going into discussions on judicial discretion and judicial lawmaking, we will briefly note that the main reasons that force judges to use their discretion, is the lack of certainty and ambiguity in statutory language as well as the presence of statutory lacunas. It is important to note that judges in civil law systems, facing these defects do not create fundamentally new legal rules (judges rather work out specific legal provisions, which are like benign neoplasms on the body of legislation) – judicial lawmaking (as a rule) takes place in a hidden form. Judges in one way or another refer to legislative acts and implement their interpretations (using different approaches and methods), filling legislative norms with new content corresponding to the realities of today. When there is no relevant statutory norm for a particular case, the interpreter may find in the legislation a norm issued for a similar matter and, by *analogia legis*, apply it to the case. This activity is not mechanical; it is definitely creative by nature, which is even more evident in the application of general principles (*analogia juris*). At the same time, the so called creativity can not be unlimited. Judicial discretion can never mean the arbitrary will of the judge. It is a legal discretion, founded upon conditions which call for judicial action, as distinguished from mere individual or personal view or desire. Accordingly, discretion imports the exercise of judgment, wisdom, and skill, as contradistinguished from unthinking folly, heady violence, and rash injustice [5, p. 1024]. Can legal doctrine not only assists judges, but somehow restrain, restrict their exercise of discretionary power?

As we know, statutory norms are fully authoritative in most legal systems and judges see themselves as normally bound to apply such norms regardless of the desirability of the results they prescribe. Legislation is something that can not casually be ignored. The situation regarding the legal doctrine (along with other permissive sources of law) is different. Among the plethora of views and ideas of legal scholars, a judge can easily find among them those that appeal to his reason.

If they seem reasonable and wise in a moral, political or prudential sense, the judge uses them (admittedly he has the ability to choose whether or not to use it) primarily as additional support for his decision. Appeal to one's reason, more often than not, «amounts to a confirmation and a strengthening of one's own opinion rather than a shaping of that opinion» [7, p. 516]. Indeed, from this perspective, we can conclude that judges are absolutely free to resort to scholars considerations in the justification of their decisions. But why does the number of legal scholars reach tens of thousands, and their scientific works make hundreds of thousands scholarly writings, while the list of authors whose works are cited by judges comprises only a few dozens?

In every area of law you can find several works that make a real difference – they were written in by known authors, they are studied by university students,

often cited by other scholars. Ideas, generated in these works get recognition and support of the legal community. They acquire this status not because they are made by persons who occupy leading positions at universities or research institutions (although it also matters), but for other reasons: 1) because in scientific discussion (that take place on the pages of legal journals, at conferences etc.) they were not rejected as unsound; 2) the reasoned position of the author meets certain logical criteria (systematic character, completeness, consistency); 3) correlation with the social context – scientific ideas and views, completely detached from real life, are unlikely to receive support and recognition. It should be pointed out that we have just suggested our vision and understanding of the issue. It may be imperfect or incomplete, but hardly completely wrong – in any case, we invite everyone to join the discussion. As a general rule, the strength of original views (ideas, hypotheses) regarding certain phenomena of state and law initially is tested by means of scientific discussions. Some of them command respect (including high citation rates) among other legal scholars, and (as a rule) only after some time among practitioners.

D. Merritt and M. Putnam present such an example. R. H. Coase's leading 1960 article on The Problem of Social Cost did not gather any judicial citations for the first eight years after its publication, although it gained forty-three scholarly citations in journals indexed by Social Sciences Citation Index («SSCI») during that period. The article earned just one judicial citation during the 1960s, and only five more judicial citations during the 1970s (a total of just six judicial citations over two decades), but was cited in at least 630 scholarly articles during the same twenty years. Coase's work finally achieved judicial popularity during the 1980s, winning twenty judicial citations during that decade [8, p. 881].

Sometimes the contribution of individual authors in the development of scientific thought is so significant, that their views not just become well-known, but in fact change our understanding of law, develop new approaches to the legal regulation of social relations. As a striking example we can mention a law review article «The Right to Privacy», published in 1890 by Harvard Law School alumni S. D. Warren and L. D. Brandeis, which is considered as one of the best-known, authoritative and influential publications that have ever appeared in the world. R. Pound after the article's publication noted, that Warren and Brandeis were responsible for nothing less than adding a chapter to our law. Today this article is constantly referred to as the best example of the influence of law journals on the development of the law. The article continues to be a touchstone of modern discussions of privacy law. According to an online legal research service Westlaw, it has been cited more than 3,000 times. In *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 420 US 469 (1975) the central thesis of the root article by Warren and Brandeis – the press was overstepping its prerogatives by publishing essentially private information, and that there should be a remedy for the alleged abuses – was estimated by the Court as a «*powerful argument*».

Such «powerful arguments» (which can be found in other prominent legal writings – «Introduction to the Study of the Law of the Constitution» by Albert V. Dicey is among them) are not just the views of individual authors – they are much more. These legal writings have reached such level of recognition and support, that they are

included in the list of references, compulsory for university students. The fact that they are recognized by the legal community has profound influence on judges, as they are an integral part of it. Thus, a German author L. Ennektserus in the «Course of German civil law» states that «a judge will not light-heartedly reject what is considered right by everyone» [4, p. 154]. Though we agree with this statement, we still believe it is necessary to raise a point of clarification – the situation implies a self-adequate wise judge. It is the judge who is aware that his decisions are open to analysis and criticism from the legal community and the general public. So he wants to convince others of the correctness and relevance of his position. Charles A. Johnson also discusses the theory that courts use citations to confer «legitimacy» on their decisions [6, p. 510–511]. A judge, referring to S. D. Warren and L. D. Brandeis' views, seems to say: «Look, I know them and I also think they are wise. I have decided the case in accordance with these views, so there is no reason to criticize me».

Justice Landau reminds us that judging through the use of discretion must not become arbitrary judging. There is no better tested way of avoiding this danger than the full explanation of the judgment. This kind of explanation trains the judge to think clearly and to raise his reasons – including his intuitive thoughts, to which Pound referred above his subconscious, to the light of day, in order that they should stand the test of criticism by the appeals court, by professional, and by the general public [1, p. 33]. For this reason in the US and many European countries judicial decisions are usually lush and include a detailed analysis of the evidence, a neat arrangement of arguments regarding disputed facts, the true motives that prompted the decisions taken.

Conclusions of the research. In Ukraine a different situation has become common at the level of theory and practice. The decisions of Ukrainian courts are usually very short and non-transparent. This opens the way to manipulation and abuses when judges exercise their discretionary authority. Often judges refer only to the statutory norms, without giving proper motives of their application or non-application of other provisions, which were relied upon by the party in substantiating their claims. Only in some judgments one can find references to legal doctrine (academic writings and positions established by scholars). Non-legal sources are not used at all. The positions of many Ukrainian legal scholars and even judges are based not on the objective study of this issue, but on the axiomatic statement that is not questioned: Ukrainian legal system does not have such tradition. At the same time another statement cannot be denied: customs and traditions are not eternal – they change over time; new views, approaches and practices emerge in jurisprudence. Maybe it is time to review conservative approaches and start new traditions? Will it improve the quality of justice and increase public confidence in the judiciary, which is diminishing nowadays? We strongly believe this to be the case.

Список літератури:

1. Барак А. Судейское усмотрение. Москва: НОРМА, 1999. 376 с.
2. Гредескул Н. Общая теория права. Санкт-Петербург: Типо-литография И. Трофимова, 1909. 317 с.
3. Доповідь Голови Верховного Суду України Ярослава Романюка на міжнародній конференції «Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя». URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/)

CD25575B4BCC9F46C2258075002852A7?OpenDocument&Highlight=0,%E4%EE%EA%F2%F0%E8%ED%E0& (дата звернення: 10.05.2017).

4. Эннекцерус Л. Курс Германского гражданского права. Москва: Иностр. лит., 1949. 436 с.
5. Dunahoo K. L. The Scope of Judicial Discretion in the Iowa Criminal Trial Process. *Iowa Law Review*. 1973. Vol. 58. P. 1023–1131.
6. Johnson C. A. Citations to Authority in Supreme Court Opinions. *Law & Policy*. 1985. Vol. 7. P. 509–523.
7. McCrudden C. A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2000. Vol. 20. P. 499–532
8. Merritt D. J., Putnam M. Judges and Scholars: Do Courts and Scholarly Journals Cite the Same Law Review Articles. *Chicago-Kent Law Review*. 1996. Vol. 71. P. 871–908.
9. Miller W. L. European Legal Cultures in Transition. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 590 p.
10. Peczenik A. A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*. 2001. Vol. 14. P. 75–105.
11. Peczenik A. Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Dordrecht: Springer, 2005. 200 p.
12. Pound R. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. 1908. Vol. 8. P. 605–523.
13. Radin M. Sources of Law – New and Old. *Southern California Law Review*. 1928. Vol. 1. P. 411–421.

References:

1. Barak, A. (1999). Sudejskoe usmotrenie. Moscow: NORMA [in Russian].
2. Gredeskul, N. (1909). Obshhaja teoriija prava. Sankt-Peterburg: Tipo-litografija I. Trofimova [in Russian].
3. Dopovid Holovy Verkhovnoho Sudu Ukrainy Yaroslava Romaniuka na mizhnarodnii konferentsii «Sudova pravotvorchist u mekhanizmi zabezpechennia pryntsypu verkhovenstva prava v umovakh reformuvannia pravosuddia» URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/CD25575B4BCC9F46C2258075002852A7?OpenDocument&Highlight=0,%E4%EE%EA%F2%F0%E8%ED%E0&](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/CD25575B4BCC9F46C2258075002852A7?OpenDocument&Highlight=0,%E4%EE%EA%F2%F0%E8%ED%E0&) [in Ukrainian].
4. Jennekcerus, L. (1949). Kurs Germanskogo grazhdanskogo prava. Moscow: Inostr. lit. [in Russian]
5. Dunahoo, K.L. (1973). The Scope of Judicial Discretion in the Iowa Criminal Trial Process. *Iowa Law Review*. Vol. 58, 1023–1131.
6. Johnson, C.A. (1985). Citations to Authority in Supreme Court Opinions. *Law & Policy*. Vol. 7, 509–523.
7. McCrudden, C. (2000). A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 20, 499–532.
8. Merritt, D.J., Putnam, M. (1996). Judges and Scholars: Do Courts and Scholarly Journals Cite the Same Law Review Articles. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 71, 871–908.
9. Miller, W.L. (2015). European Legal Cultures in Transition. Cambridge: Cambridge University Press.
10. Peczenik, A. (2001). *A Theory of Legal Doctrine*. *Ratio Juris*. Vol. 14, 75–105.
11. Peczenik, A. (2005). Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Dordrecht: Springer.
12. Pound, R. (1908). Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. Vol 8, 605–523.
13. Radin, M. (1928). Sources of Law – New and Old. *Southern California Law Review*. Vol. 1, 411–421.

Семеніхін 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 у судовій аргументації

Досліджено особливості впливу правової доктрини на процес ухвалення судових рішень в Україні та інших країнах. Зроблено висновок, що правова доктрина не тільки допомагає суддям, але також певним чином обмежує їх при реалізації дискреційних повноважень.

Ключові слова: практика цитування; позиція судді; судове рішення; правова доктрина; джерело права.

Надійшла до редколегії 05.05.2017 р.



Пушняк Олексій Віталійович,
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри теорії держави і права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: pushnyak.o@gmail.com
ORCID 0000-0003-3088-1040

doi: 10.21564/2414–990x.137.98701
УДК 340.142

ДІЯ У ЧАСІ СУДОВИХ РІШЕНЬ З НОРМОКОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

Проаналізовано дію в часі рішень з нормоконтролю Конституційного Суду України та адміністративних судів України. Запропоновано розглядати напрямки їхньої темпоральної дії у двох аспектах: як визначення минулої, теперішньої чи майбутньої дати втрати чинності неправомірними законодавчими положеннями, а також як поширення рішення на факти, права та обов'язки суб'єктів, залежно від їх розташування в часі щодо дати набрання сили судовим рішенням. На підставі аналізу вітчизняного законодавства та практики зроблено висновок, що рішення Конституційного Суду України з нормоконтролю мають переважно негайну або перспективну дію, а також у деяких випадках зворотню дію; дія аналогічних рішень адміністративних судів відрізняється можливістю ретроактивності у ширшому колі випадків. Констатовано певні недоліки вітчизняного правового регулювання розглянутих питань.

Ключові слова: дія в часі судових рішень; судовий нормоконтроль; зворотна дія в часі; негайна дія в часі; перспективна дія в часі.

Пушняк А. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: pushnyak.o@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3088-1040

Действие во времени судебных решений по нормоконтролю в Украине

Проанализировано действие во времени решений Конституционного Суда Украины и административных судов Украины по делам о нормоконтроле. На основании исследования природы действия предписаний судебных решений о признании недействительными правовых норм выделено два аспекта фактического темпорального действия таких предписаний. В результате анализа украинского законодательства и практики выявлено, что решения Конституционного Суда Украины рассматриваемой категории имеют преимущественно немедленное или перспективное действие, а также в некоторых случаях обратное действие; действие аналогичных решений административных судов отличается возможностью ретроактивности в большем количестве случаев. Констатируются определенные недостатки правового регулирования рассматриваемых вопросов.

Ключевые слова: действие во времени судебных решений; судебный нормоконтроль; обратное действие во времени; немедленное действие во времени; перспективное действие во времени.

Вступ. Судова практика як джерело права в Україні сьогодні вже стала традиційним об'єктом уваги вітчизняної доктрини. До кола пов'язаної з нею проблематики, що викликає жвавий інтерес науковців та практиків, належать і питання реалізації судовими органами функції контролю за правомірністю нормативно-правових актів. У тому числі свою актуальність зберігає вивчення темпоральної дії відповідних рішень українських судів, які визнають нечинними відповідні нормативні акти чи їх окремі приписи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В Україні правове регулювання часової дії судових рішень з нормоконтролю більш розвинене порівняно з регламентацією дії судових правоположень. Утім, лишається актуальним його подальше осмислення з позицій юридичної науки. Зазначена тематика вже стала предметом уваги таких українських дослідників, як Ю. Г. Барабаш, В. Е. Беяневич, А. М. Івановська, Р. О. Кукурудз, І. М. Ласько, М. В. Мазур, А. М. Мірошниченко, М. В. Тесленко, В. П. Тихий, Ю. М. Тодика, О. О. Уварова, Г. О. Христова, С. В. Шевчук. Але, зазвичай дослідження зосереджені на питаннях моменту втрати чинності неправомірними нормативними приписами та напрямків дії у часі відповідних судових рішень, при цьому часто вони обмежені суто констатацією наявності чи відсутності зворотної дії таких рішень. Тож існує потреба в подальшому загальнотеоретичному поглибленому вивченні як зворотної дії, так і інших напрямів темпоральної дії судових рішень з нормоконтролю в Україні.

Мета і завдання дослідження – комплексний аналіз темпоральної дії судових рішень з нормоконтролю в Україні, а її завданнями є характеристика поняття, напрямків темпоральної дії приписів рішень з нормоконтролю Конституційного Суду України (далі – КСУ) та адміністративних судів України на підставі вивчення вітчизняного законодавства та судової практики з цих питань.

Виклад основного матеріалу. Для розуміння характеру дії судових рішень з нормоконтролю вирішальне значення має той факт, що діяльність суду, який визнає нечинними відповідні нормативні приписи, подібна до ролі «негативного нормотворця», а приписи відповідних судових рішень – до норм права, що припиняють чинність певних нормативно-правових положень. Отже, бачиться доцільним охарактеризувати темпоральну дію цих рішень аналогічно до відповідної дії правових норм.

Виходячи з цього, дія (чинність) у часі припису судового рішення про визнання нечинними відповідних нормативних приписів може бути визначена як його обов'язковість щодо певних фактів, правових відносин, прав та обов'язків у відповідних часових (календарних та фактичних) межах. Календарні межі темпоральної дії припису вказують на дати початку та завершення його чинності (щодо згаданого припису судового рішення йдеться, по суті, про дату початку чинності), а фактичні вказують, на які факти, права та обов'язки

суб'єктів, залежно від їх розташування в часі щодо названої дати, він поширює свій вплив. Можливі три варіанти (напрямки) фактичної дії нового припису – зворотна (дія на минулі факти, права та обов'язки, що завершилися до моменту набуття приписом чинності), негайна (дія на права, обов'язки, що тривають на цей момент) та перспективна (дія на факти, права, обов'язки, що виникнуть з указанного моменту) [1, с. 153–154; 2, с. 40, 84–100].

Набуваючи чинності у певну законодавчо визначену календарну дату, приписи судових рішень, що встановлюють неконституційність чи невідповідність акту вищої юридичної сили та нечинність певних нормативних положень, можуть поєднуватися з різними напрямками поширення в часі їхніх наслідків. Так, теоретично акт може бути визнаний нечинним з теперішньої дати набрання судовим рішенням чинності, або з певної дати в минулому (наприклад, з дати набуття чинності таким актом), або з певної дати в майбутньому. Це можна розглядати як прояви відповідно негайної, зворотної [1, с. 80–81; 3, с. 51] та перспективної дії таких приписів.

Загалом доктрина, зарубіжне законодавство знають різні підходи у визначенні того, яким є загальне правило щодо напрямку дії рішень органу конституційної юрисдикції [4, с. 294–295]. Часто ці рішення діють *ex-tunc* (уперед), лишаючи незмінними в силу принципу *res judicata* винесені на підставі неконституційної норми судові рішення, проте з можливим поширенням наслідків рішення на незавершені судові справи чи на певну їхню категорію або лише на справу суб'єкта, що поставив перед судовим органом питання конституційності відповідного законодавчого припису [5, с. 273–274]. При цьому деякі правові системи передбачають можливість відстрочення на майбутнє втрати чинності неконституційним приписом (див., напр., ч. 5 ст. 140, 140а Конституції Австрії). Утім, існують і випадки поширення наслідків розглядуваних рішень *ex-tunc* (від початку існування неконституційного припису, тобто зі зворотним ефектом) [6, с. 101].

Логічно було б припустити, що рішення КСУ щодо визнання акта неконституційним і нечинним означає анулювання останнього, тобто визнання нечинним від початку або поширення наслідків рішення на будь-які правові наслідки акта, у т. ч. у минулому [7, с.124]. Це впливає з принципів верховенства Конституції, її прямої дії, відповідальності держави за заподіяння шкоди особі своїми рішеннями та інших принципів. Однак часто такий результат рішення не є реально можливим. Акт міг функціонувати достатньо довго і породити чимало змін, перегляд його наслідків може потребувати зворотного руху великих потоків грошових коштів, учасники відносин добросовісно поклалися на його положення, будуючи власну поведінку [8]. Тож тут необхідність визначеності правового становища особи може переважати до певної міри над іншими принципами. Такий підхід, що враховує принцип певності та, зокрема, *res judicata*, є достатньо поширеним. На його доцільність неодноразово вказувалось у вітчизняній та зарубіжній літературі [1, с. 78, 80; 9, с. 211; 10, с. 63]. Він здебільшого і має місце у дії рішень КСУ з нормоконтролю.

За ст. 152 Конституції України приписи правових актів, визнаних неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. З зазначених вище позицій, виходячи зі ст. 152 Конституції України, рішення КСУ можуть мати негайну або перспективну дію.

Також темпоральну дію рішення КСУ часто сприймають саме через те, як розташовані у часі ті права, обов'язки суб'єктів чи індивідуальні акти, на які воно впливатиме через визнання нечинними приписів, що слугували їхньою підставою. Так, зворотною дією можуть називати необхідність перегляду індивідуальних рішень у зв'язку з визнанням законодавчих приписів неконституційними [3, с. 50]. Проте перегляд, наприклад, певної частини судових рішень передбачає і рішення КСУ, яке припиняє чинність неконституційних приписів з теперішньої дати (те, що називається вище негайною дією).

Таку суперечність, певно, можна пояснити тим, що під вплив цієї категорії рішень КСУ підпадають складні життєві обставини, які існують у межах комплексу паралельних правовідносин з різними часовими характеристиками. Так, вони поширюються на деякі незавершені матеріальні відносини, що тривають і надалі (наслідки рішення щодо яких вкладаються в поняття негайної дії), але і також на певні одномоментні факти, індивідуальні акти, наприклад, судові рішення, що з'явилися в минулому (що може бути сприйняте як прояв зворотної дії рішення). Окрім того, дається взнаки недостатня чіткість у розумінні напрямів темпоральної дії права, зокрема ретроактивності, у вітчизняній практиці та науці (де є досить поширеним не зовсім коректне її розуміння як дії норми на права, обов'язки, що в тому числі тривають на момент набуття нею чинності).

Ну і врешті, розбіжності в трактуванні дії в часі рішень КСУ з питань нормоконтролю безпосередньо пов'язані з багатоплановістю їхньої дії. Загалом приписи цієї групи рішень мають значну специфіку дії, у т. ч. темпоральної, оскільки йдеться про спеціалізовані оперативні квазінорми, які безпосередньо не регулюють суспільні відносини.

Як вже було зазначено, темпоральна дія норм права, з якими у нашому випадку ми порівнюємо приписи КСУ щодо визнання нечинними певних законодавчих приписів, характеризується двома аспектами: 1) календарним – проміжком часу, обмеженим датами набуття та втрати чинності нормою; 2) фактичним – напрямком дії норми, розташуванням у часі щодо вказаних дат (насамперед дати набуття чинності) фактів, прав, обов'язків, що підпадають під її дію (минулі або завершені, теперішні або незавершені, майбутні). Але такі аспекти властиві дії саме класичних норм, а обговорювані приписи близькі до спеціалізованих, а саме оперативних норм, щодо яких про фактичний аспект можна говорити з урахуванням їхньої специфіки. Адже вони прямо поширюються не на певні права чи обов'язки, як це роблять класичні норми, а лише на статус інших норм, наприклад, зумовлюючи початок чи завершення їхньої

чинності. З огляду на сенс розрізнення аспектів дії в часі норм права, можна вважати виправданим розуміння (напрямку) фактичної дії квазіном КСУ як моменту часу (певної минулої, теперішньої чи майбутньої дати), з якого для певних норм настануть зумовлені рішенням наслідки у вигляді нечинності.

Календарний аспект темпоральної дії квазіном КСУ у такому разі пов'язаний з датою набуття сили самим відповідним рішенням КСУ. Ця дата чітко не визначена українським законодавством. В інших правових системах такою датою може бути, зокрема, дата офіційного опублікування (Австрія), наступна після неї дата (Італія, Іспанія). М. В. Тесленко зазначає, що і для рішень КСУ – це день офіційного оприлюднення [4, с. 292–293]. Але така позиція видається не зовсім логічною, бо принаймні встановлена рішенням КСУ нечинність акта настає вже з дати ухвалення цього рішення, тобто ще до оприлюднення.

Однак фактичні правові наслідки рішення КСУ цим не обмежуються. Існують також зумовлені ним правові наслідки другого рівня. Йдеться про те, що факт визнання норми нечинною впливає опосередковано на правову долю певних юридичних фактів, прав та обов'язків суб'єктів, зумовлюючи можливість чи необхідність їх перегляду. Перелічені юридичні явища, що зазнають опосередкованого впливу рішення КСУ, також можуть мати різне розташування в часі щодо дати набрання сили цим рішенням та дати втрати чинності відповідною нормою. Тож вплив цього рішення на них цілком може бути описаний як його фактична дія (напрямок дії) в часі другого рівня – зворотна, негайна або перспективна.

Таким чином, рішення КСУ визначає не лише календарну дату втрати чинності нормами, але й впливає на визначення їх фактичної дії (напрямку дії) в часі (дострокове, негайне припинення, ультраактивність) [1, с. 158–159]. По своїй суті фактична дія в часі рішення КСУ другого рівня взаємозумовлена з фактичною дією норм, що втратили чинність на його підставі. При цьому така дія має дзеркальний характер: зворотна дія рішення корелює з достроковим припиненням норми, негайна – з негайним припиненням, перспективна – з ультраактивністю.

На відміну від дати втрати чинності неконституційними нормами правові наслідки рішення КСУ другого рівня прямо не регламентовані вітчизняним правом. Проте певний висновок про них можна зробити на підставі аналізу законодавства, судової практики та доктрини. При цьому слід зазначити, що зазвичай резолютивна частина рішення КСУ не містить особливих положень щодо фактичної дії цього відповідного рішення та неконституційних норм (лише у поодиноких випадках, у преюдиціальних рішеннях, КСУ встановлював відповідний колізійний припис).

КСУ висловлювався щодо своєї точки зору на зміст у ст. 152 Конституції України: «...закони, інші правові акти мають юридичну силу до визнання їх неконституційними окремим рішенням органу конституційного контролю» (а. 3 п. 4 мотивувальної частини рішення № 8-зп від 24.12.1997 р.; рішення № 20-рп/2010 від 30.09.2010 р.); «незалежно від того, наявні чи відсутні в

рішеннях, висновках Конституційного Суду України приписи щодо порядку їх виконання, відповідні закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність» (а. 6 п. 4 мотивувальної частини рішення № 15-рп/2000 від 14.12.2000 р.). Хоча ці положення прямо не говорять про напярм дії в часі рішень КСУ чи принаймні можуть бути інтерпретовані по-різному, опосередковано вони дають певні підстави для відповідних висновків.

Практика Вищого адміністративного суду України (далі – ВАСУ), зокрема рішення від 19.12.2012 р. (справа № 32/125-а), вказує на відсутність принаймні зворотної дії рішення КСУ (норма, яка поширювала податкову заставу на всі активи порушника, визнана згодом неконституційною, вважається чинною в період до вступу в силу рішення КСУ, а отже, і надалі впливає на визначення правових наслідків для фактів, що мали місце під час її дії).

Також можна зазначити позицію Вищого господарського суду України (ріш. від 21.12.2015 р., спр. №923/1076/14): установлення КСУ неконституційності норми, застосованої судом при вирішенні справи, «не може бути використане під час апеляційного перегляду справи, в якій таке рішення по суті спору вже ухвалене і перевіряється апеляційним судом з урахуванням законодавства, чинного на час його прийняття» (хоча таке формулювання є не зовсім коректним з огляду на те, що враховують насамперед матеріальне законодавство, чинне на момент існування оцінюваних фактів, а не на момент винесення судового рішення).

Таким чином, можна простежити тенденцію до такого розуміння ст. 152 Конституції України, згідно з яким рішення КСУ не має ретроактивності та змінює законодавче регулювання лише для правовідносин, що матимуть місце з дати ухвалення рішення. Однак можна знайти й приклад негайної дії рішення – настання правових наслідків для прав та обов'язків, відносин, що виникли внаслідок дії неконституційних приписів і тривають на момент ухвалення рішення (а також, звісно, для всіх фактів, що виникатимуть з дня втрати чинності неконституційними приписами). Ідеться, зокрема, про наслідки рішення № 20-рп/2010 від 30.09.2010 р. про неконституційність Закону «Про внесення змін до Конституції України» № 2222–IV, що полягали у поширенні відновленої первинної редакції Конституції України на наявні на цю дату повноваження відповідних суб'єктів (та на всі факти, що виникли з цієї дати). Наявність у рішень КСУ негайної дії підтверджує В. П. Тихий, який зазначає, що з моменту набрання рішенням КСУ юридичної сили всі існуючі та майбутні правовідносини вже не можуть регулюватися положеннями, визнаними неконституційними, а їх ультраактивність неможлива [11, с. 51].

Важливі висновки випливають з аналізу процесуального законодавства. Так, згідно з ним підлягають перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами невиконані судові рішення (для рішень у кримінальних провадженнях такого обмеження, як відсутність виконання, не встановлено), винесені на

основі неконституційних законодавчих приписів (див. напр. ч. 2 ст. 361 ЦПК). Рішення КСУ в такому разі матиме наслідки як для відповідних незавершених матеріальних правовідносин (маючи негайну дію), так і для одномоментних фактів минулого, завершених правовідносин, винесених судових рішень, що може бути охарактеризоване як зворотна дія.

З огляду на вказані процесуальні норми стають очевидними винятки з правила про те, що наслідки дії неконституційної норми, які настали до моменту визнання її нечинною, зберігають правомірність і після цього моменту.

Окрім того, щодо деяких випадків варто визнати і наявність загального правила у вигляді зворотної дії такого рішення [11, с. 51–52]. Йдеться про ситуації, коли внаслідок визнання неконституційності припису пом'якшено чи скасовано відповідальність особи (такий висновок підтверджує, наприклад, питання заміни смертної кари засудженим до неї, що виникло після відповідного рішення КСУ № 11-рп/99). Виходячи з термінології, зокрема, кримінального законодавства, у цій галузі немає негайної дії, а лише зворотна та перспективна (аналогічно часто розглядають дію в часі норм про юридичну відповідальність в інших галузях), тому й те, що в інших випадках є негайною дією, тут називається дією зворотною. У разі ж перегляду виконаних рішень у кримінальних провадженнях наслідки рішення КСУ поширюватимуться і навіть на вже реалізовані матеріальні права та обов'язки.

Як стверджує В. П. Тихий, посилаючись на статті 56, 152 Конституції України, зворотну дію мають і ті рішення, якими визнано неконституційними законодавчі приписи, що завдали особі матеріальної та моральної шкоди. В. П. Тихий справедливо зазначає, що у наведених двох випадках зворотної дії рішень КСУ рішення судів та інших органів державної влади, прийняті на підставі неконституційного законодавства, мають бути переглянуті у встановленому законом порядку [11, с. 52]. Хоча законодавство не передбачає механізму, який би дозволяв в усіх випадках забезпечити таку дію названих рішень. Як зазначалося вище, перегляд судових рішень можливий лише в межах, визначених процесуальним законодавством.

Надання КСУ своєму рішенню преюдиціальності на підставі ст. 74 Закону України «Про Конституційний Суд України» також іноді розглядають як встановлення його зворотної дії. У більшості з тих досить небагатьох випадків, коли КСУ робив це, у резолютивній частині вказано: «Рішення Конституційного Суду України має преюдиціальне значення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, що виникли внаслідок дії положень законів України, визнаних неконституційними» (напр., п. 5 резолютивної частини рішення № 4-рп/2016 від 08.06.2016 р.), що майже дослівно повторює формулювання згаданої статті. Буквальне розуміння цих положень вказує на те, що рішення КСУ матиме значення для всіх правовідносин, що склалися на підставі неконституційних приписів, а не для якоїсь їх окремої групи. З огляду на ст. 152 Конституції України це передбачає необхідність зворотної дії рішення.

Тим часом зазначена норма і практика її реалізації залишаються недостатньо ясними, а процесуальне законодавство не передбачає особливостей реалізації преюдиціальних рішень (винятком є Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.1981 р. № 1 «Про практику перегляду судами у зв'язку з нововиявленими обставинами рішень, ухвал і постанов у цивільних справах, що набрали законної сили», що, швидше за все, застаріла), які в цьому плані не відрізняються від непреюдиціальних.

Загалом у практиці ВАСУ з розгляду соціальних справ (напр. рішення від 05.12.2012 р., справа № К/9991/54003/11; від 12.07.2012 р., справа № К-14892/09; від 19.12.2015 р., справа № К/800/55007/13), підтриманій практикою Верховного Суду України (постанови від 17.03.2015 р., спр. № 21-429а14; 9.06.2015 р., спр. № 21-472а15), преюдиціальні рішення КСУ не мають ретроактивності. За правовою позицією цих рішень право на перерахунок соціальних виплат на основі законодавства, з якого усунуті неконституційні норми, з'явилося лише з набранням чинності рішень КСУ, без зміни розміру виплат за період дії неконституційних положень. Отже, у названих випадках визнання норми неконституційною, навіть з вказівкою на преюдиціальність такого рішення, тягне наслідки для тих прав, обов'язків суб'єктів, що виникнуть лише з дня ухвалення рішення КСУ.

Як припускає А. В. Савчак, преюдиціальність рішення КСУ передбачає, що до триваючих на момент його прийняття відносин можна застосувати це рішення, але в цьому разі це є прямою дією рішення КСУ у часі. Загалом дослідник робить висновок, що вказівка в рішенні КСУ на його преюдиціальність жодним чином не впливає на правові наслідки такого рішення порівняно з тим, у якому вказівки на преюдиціальність немає [12, с. 30].

Таким чином, хоча наведена позиція судів зазнала критики серед дослідників [13], судова практика КСУ та ВАСУ в поєднанні свідчать про таке тлумачення ст. 152 Конституції України: визначення моментом втрати чинності неконституційними приписами дати ухвалення рішення КСУ або більш пізньої дати означає і те, що зміни в регулюванні настають лише на майбутнє, минулі факти лишаються в сфері дії акта, визнаного неконституційним (окрім описаних вище випадків присутності зворотної дії рішення КСУ). Права та обов'язки суб'єктів, що існують на момент настання зазначеної дати, теж мають підпадати під дію рішення КСУ, проте в силу суперечливості розуміння напрямків темпоральної чинності права конституційним та іншими судами України вони можуть лишатися і поза сферою такої дії. Так, в одному зі своїх рішень ВАСУ (від 19.06.2012 р., спр. № К/9991/36002/11-С) підтримав позицію, що по суті встановила перспективну дію рішення КСУ (теж преюдиціального) №10-рп/2008р від 22.05.2008 р. Суд вказав, що згадане рішення КСУ «не може бути поширене на правовідносини, що вже виникли станом на момент прийняття цього рішення, так як не має зворотної дії в часі». Отже, відносини, що ще тривали на 22.05.2008 р., вилучені зі сфери дії рішення КСУ (поширення на них означало б негайну дію рішення). У цій справі йшлося про реалізацію в судовому порядку

рішення центру зайнятості про стягнення з особи допомоги по безробіттю, що мала бути повернута нею в силу припису закону, визнаного неконституційним (рішення центру винесене до рішення КСУ, рішення судів – після нього). Тут суд дотримувався підходу, за яким чинність припису щодо прав, обов'язків, відносин, не завершених на момент набрання ним чинності, розглядають не як негайну дію, а як прояв зворотної дії.

Загалом у цьому і аналогічних випадках варто відзначити непослідовність вирішення питання про дію в часі обговорюваних рішень КСУ: процесуальні закони дозволяють переглядати на підставі відповідного рішення КСУ як нововиявленої обставини певні рішення судів, тоді як законодавство прямо не передбачає загальної необхідності перегляду інших правозастосовних актів та відповідного механізму для цього. Також прямо не передбачена неможливість реалізації правозастосовних актів, винесених на підставі неконституційного акта, що й пояснює, до певної міри, наведену вище позицію ВАСУ. У зв'язку з цими зауваженнями варто підтримати і висловлену І. В. Ласько тезу, що встановлення можливості перегляду рішень, ухвалених на підставі нормативно-правових актів, визнаних КСУ неконституційними, лише в межах судового розгляду спорів є необґрунтованим, має існувати законодавчо визначений обов'язок державних органів самостійно переглядати зазначені індивідуальні рішення [13].

Таким чином, можливий і інший варіант розуміння вищезгаданої ст. 74: вказівка КСУ на певне значення свого рішення для інших судів (преюдиціальність) не передбачає при цьому встановлення певних часових параметрів такої значущості [12, с. 31]. У такому разі особливо варто відзначити слушність висловленого в науковій літературі зауваження про недосконалість цієї норми (слід сказати, що проект нового закону про КСУ не містить аналогічної норми). Утім, з огляду на практику КСУ, цю норму складно сприймати як повністю позбавлену присутності «часового сенсу».

На це вказує аргументація КСУ в деяких його преюдиціальних рішеннях. Зокрема, в рішенні № 19-рп/2009 від 08.09.2009 р. зазначено: «Зважаючи на те, що положення ..., які не відповідають Конституції України, могли бути застосовані при призначенні, перерахунку і виплаті пенсій окремим категоріям громадян, Конституційний Суд України ... вважає за необхідне вказати на преюдиціальність цього Рішення».

Окрім того, часовий аспект наявний у принаймні двох рішеннях (№ 1-рп/98 від 26.02.1998 р., № 8-зп від 24.12.1997 р.), що посилаються на вказану статтю: у них зазначено про їхнє поширення та непоширення на певні конкретні правовідносини, що склалися на підставі неконституційних приписів. Ці вказівки стосувалися як вже завершених правовідносин, так і тих, що продовжували існувати, що фактично означало встановлення перспективної дії рішення.

2016 року до ст. 152 Конституції України внесені зміни, які прямо дозволяють КСУ надавати перспективну дію своїм рішенням через установлення більш пізньої дати втрати чинності неконституційними приписами і таким чином *гнуцькіше варіювати поширення наслідків рішення у часі* (виділено нами – О.П.).

Дію у часі рішень адміністративних судів про визнання нечинними нормативно-правових актів законодавчо не визначено. Але це питання врегульоване у судовій практиці. Так, відповідно до правової позиції Верховного Суду України нормативно-правовий акт, якщо інше не встановлено законом або не зазначено судом, втрачає чинність після набрання законної сили судовим рішенням, а не з моменту прийняття (постанова від 08.12.2009 р.). Близьке правило існує і у практиці ВАСУ: Постанова Пленуму ВАСУ № 7 від 20.05.2013 р. «Про судові рішення в адміністративній справі» вказує, що визнання акта суб'єкта владних повноважень нечинним означає втрату чинності таким актом з моменту набрання чинності відповідним судовим рішенням або з іншого визначеного судом моменту після прийняття такого акта. Усталена позиція ВАСУ з цього приводу сформульована так: «У разі визнання незаконним (протиправним) ... нормативно-правовий [акт], якщо інше не встановлено законом або не зазначено судом, втрачає чинність після набрання законної сили судовим рішенням». Постанова ВАСУ від 09.06.2016 р. у справі № 495/6137/14-а (№ в ЄДРСРУ 58328662), Ухвала ВАСУ від 10.09.2015 р. у справі № 2а-6289/10/1470 (№ в ЄДРСРУ 52129745).

Як випливає з зазначених позицій, у судового органу існує можливість встановлення дати втрати чинності актом більш ранньої, чим момент набрання сили рішенням суду з цього питання, що означатиме в такому разі зворотню дію рішення, в тому числі в аспекті поширення на права та обов'язки суб'єктів, юридичні факти. Водночас слід зазначити, що процесуальне законодавство прямо не називає такі рішення адміністративних судів підставою для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами.

Якщо ж закон чи судові рішення не визначають таку дату, то відповідний акт за загальним правилом втрачає чинність після набрання законної сили судовим рішенням (див., напр., рішення від 24.03.2016 р. у справі № 826/16447/15), тобто має негайну дію, подібно до описаного вище порядку, що законодавчо встановлений для рішень КСУ.

Якщо говорити щодо останнього випадку про фактичну дію другого рівня, то логічно припустити, що суди, у тому числі адміністративні, застосовують аналогічний підхід, що й стосовно дії рішень КСУ. Наприклад, у рішенні № 6-17140св14 від 10.09.2014 р. ВАСУ вказує на необхідність перевірки, чи встановлено у постанові суду про визнання незаконним та нечинним нормативного рішення виконавчого комітету час, з якого воно втрачає чинність, що дає можливість встановити, з якого моменту позивачка має право на здійснення перерахунку вартості оплати комунальних платежів.

Разом з тим проблеми в розумінні дії в часі рішень цих судів є спільними з висвітленими вище щодо рішень КСУ.

Висновки. Підсумовуючи, варто вказати на таке. Темпоральну дію рішень судів з нормоконтролю слід розглядати як у календарному аспекті – йдеться про дію, що починається з дати набуття чинності відповідним рішенням, так і у фактичному аспекті – йдеться про напрям поширення у часі правових наслід-

ків рішення про визнання певних нормативних приписів нечинними у вигляді його зворотної, негайної чи перспективної дії. При цьому така фактична дія має дворівневий характер. Насамперед вона полягає у встановленні певної минулої, теперішньої чи майбутньої дати втрати чинності відповідними нормативними приписами (отож, наприклад, зворотню дію матиме рішення суду, що визнає нечинним певний нормативний припис з моменту введення його в дію в минулому щодо дати набрання сили рішенням). Фактична дія другого рівня полягає у впливі рішення суду на певні факти, права, обов'язки суб'єктів, залежно від того, як вони розташовані в часі щодо дати набрання ним сили (наприклад, зворотною дією рішення є його поширення на завершені права та обов'язки суб'єктів, факти, що мали місце до зазначеної дати).

Аналіз судової практики щодо розглянутого питання дозволяє ще раз констатувати розбіжності в інтерпретації поняття ретроактивності, що існують у вітчизняній науці та практиці (ключовою проблемою лишається питання про те, яке поняття охоплює дію нового припису на незавершені права, обов'язки суб'єктів, правовідношення, що тривають на момент набуття ним чинності – зворотна чи негайна дія), а також відсутність чіткого розуміння того, як має за загальним правилом діяти в часі норма права в умовах заборони ретроактивності. Правила дії в часі нормативно-правових актів, у тому числі конституційну заборону ретроактивності, доктрина та суди схильні поширювати і на темпоральну дію рішень КСУ, тому вказані проблеми даються взнаки і для послідовності та узгодженості української судової практики з розгляду справ, пов'язаних з дією в часі рішень КСУ з нормоконтролю.

Якщо брати до уваги поширення рішення КСУ на певні факти, права та обов'язки суб'єктів, то аналіз судової практики свідчить про тенденцію сприйняття рішень КСУ як таких, що мають перспективну дію, однак існують приклади негайної та зворотної дії рішень КСУ. Можна стверджувати, що подібна ситуація має місце і щодо сприйняття дії в часі адміністративних судів з нормоконтролю. Єдиною істотною відмінністю тут є можливість адміністративного суду визнавати відповідний нормативний припис нечинним з більш ранньої дати, чим набуття законної сили рішенням суду. Це вказує на розширені можливості надання зворотної дії рішенням адміністративних судів цієї категорії. Утім, як вже йшлося, процесуальне законодавство не передбачає механізму перегляду судових рішень на підставі зазначених рішень адміністративних судів.

Водночас можливості анулювання акта з моменту набрання ним чинності мають бути запроваджені законодавчо і щодо неконституційних актів. Це усуне розбіжності в підходах, що існують стосовно правил дії в часі рішень КСУ та адміністративних судів України. Також це до певної міри уможливить практичну реалізацію доктринальної ідеї, яку слушно відстоюють в юридичній науці, про необхідність поділу актів публічної влади (в аспекті можливого визнання їх нечинними) на оспорювані та нікчемні. Останні як такі, що грубо та очевидно порушують Конституцію, принципи права, законодавство, не мають породжувати наслідки від самого початку своєї чинності [8; 14, с. 65–66; 15].

Також слід підкреслити, що правила дії в часі актів з нормоконтролю мали б узгоджуватися з наслідками, що випливають з принципів прямої дії Конституції та пріоритету актів вищої юридичної сили щодо актів нижчої сили, та полягають, зокрема у можливості відмови від застосування нормативного припису, який суперечить вищим актам (наскільки це дозволяє вітчизняна правова система), без окремого рішення суду про визнання нечинним такого припису. Така відмова за своєю сутністю є певним аналогом ретроактивності потенційного рішення суду про визнання нечинним неправомірного припису.

Загалом на теперішній момент можна стверджувати про відсутність однозначності у розумінні поширення у часі наслідків рішень КСУ та адміністративних судів України з нормоконтролю у практиці, а також певну суперечливість і неповноту у правовому регулюванні цього питання.

Список літератури:

1. Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика: монография. Москва: Норма, 2004. 224 с.
2. Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве: монография. Москва: Юрид. лит., 1965. 201 с.
3. Барабаш Ю. Преюдиціальність рішень Конституційного Суду України: проблемні питання теорії та практики. *Право України*. 2010. № 6. С. 45–53.
4. Тесленко М. В. Судебный конституционный контроль в Украине: монография. Киев: Ин-т государства и права имени В. М. Корецкого НАНУ, 2001. 344 с.
5. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні: монографія. Київ: Реферат, 2007. 640 с.
6. Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2008. 231 с.
7. Христова Г. О. Юридична природа актів Конституційного Суду України: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 215 с.
8. Беяневич В. Е. До питання про момент визнання недійсними нормативних актів державних та інших органів. *Вісник господарського судочинства*. 2001. № 3. С. 207–211.
9. Мірошніченко А. М. Правові наслідки незаконних адміністративних актів. *Право і громадянське суспільство*. 2013. № 1. С. 96–111.
10. Марцеляк О. В., Тодика Ю. М. Конституційний Суд України і прокуратура в конституційно-правовому механізмі забезпечення основних прав громадян: монографія. Харків, 1998. 234 с.
11. Тихий В. Дія рішень Конституційного Суду України в часі. *Вісник Конституційного Суду України*. 2001. № 5. С. 51–53.
12. Савчак А. В. Преюдиціальність рішень Конституційного Суду України: теоретично-правовий аспект. *Публічне право*. 2011. № 2. С. 27–32.
13. Ласько І. М. Питання виконання рішень Конституційного Суду України та визнання нормативно-правового акта в сфері соціального забезпечення неконституційним. *Судова апеляція*. 2013. № 2 (31). С. 19–24.
14. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків: Право, 2008. 240 с.
15. Уварова О. Правовий характер нормотворчості як заперечувана презумпція права. *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: статті учасників восьмого Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 7–8 грудня 2012 року). Львів: Галицький друкар, 2013. С. 514–532.

References:

1. Bakhrakh, D.N. (2004). Dejstvie norm prava vo vremeni: Teoriia, zakonodatelstvo, sudebnaia praktika. Moscow: Norma [in Russian].

2. Tille, A.A. (1965). Vremja, prostranstvo, zakon. Dejstvie sovetskogo zakona vo vremeni i prostranstve. Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
3. Barabash, Iu. (2010). Preiudytialnist rishen Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy: problemni pytannia teorii ta praktyky. *Pravo Ukrainy*, 6, 45–53 [in Ukrainian].
4. Teslenko, M.V. (2001). Sudebnyj konstitucionnyj kontrol v Ukrainie. Kyiv: In-t gosudarstva i prava imeni V. M. Koreckogo NANU [in Russian].
5. Shevchuk, S. (2007). Sudova pravotvorchist: svitovyj dosvid i perspektyvy v Ukraini. Kyiv: Referat [in Ukrainian].
6. Anakina, T.M. (2008). Sudovy pretsedent u pravi Ievropejskoho Soiuzu. *Candidate's thesis*. Kharkiv: NYuAU im. Yaroslava Mudroho [in Ukrainian].
7. Khrystova, H.O. (2004). Iurydychna pryroda aktiv Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy. *Candidate's thesis*. Kharkiv: NYuAU im. Yaroslava Mudroho [in Ukrainian].
8. Belianevych, V.E. (2001). Do pytannia pro moment vyznannia nedijasnomy normatyvnykh aktiv derzhavnykh ta inshykh orhaniv. *Visnyk hospodarskoho sudochynstva*, 3, 207–211 [in Ukrainian].
9. Miroshnychenko, A.M. Pravovi naslidky nezakonnykh administratyvnykh aktiv. URL: <http://bit.ly/1FQ7iZh> [in Ukrainian].
10. Martseliak, O.V., Todyka, Iu.M. (1998). Konstytutsiinyi Sud Ukrainy i prokuratura v konstytutsiino-pravovomu mekhanizmi zabezpechennia osnovnykh prav hromadian. Kharkiv [in Ukrainian].
11. Tykhyi, V. (2001). Diia rishen Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy v chasi. *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 5, 51–53 [in Ukrainian].
12. Savchak, A.V. (2011). Preiudytialnist rishen Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy: teoretychno-pravovy aspekt. *Publichne pravo*, 2, 27–32 [in Ukrainian].
13. Lasko, I.M. (2013). Pytannia vykonannia rishen Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy ta vyznannia normatyvno-pravovoho akta v sferi sotsialnogo zabezpechennia nekonstytutsiynym. *Sudova apeliatsiia*, 2 (31), 19–24 [in Ukrainian].
14. Pohrebniak, S.P. (2008). Osnovopolozhni pryntsypy prava (zmistovna kharakterystyka). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
15. Uvarova, O. (2013). Pravovy kharakter aktiv normotvorchosti iak zaperechuvana prezumptsiia prava. *Antropohiia prava: filosofskij ta iurydychnyj vymiry (stan, problemy, perspektyvy): statti uchasnykiv vosmoho Mizhnarodnogo «kruhloho stolu» (m. Lviv, 7–8 hrudnia 2012 roku)*. – Lviv: Halytskyj drukar, 514–532 [in Ukrainian].

Pushniak O. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Department of Theory of State and Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: pushnyak.o@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3088-1040

Temporal effect of decisions on judicial review of legislation in Ukraine

The author has analyzed the temporal effect of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine and administrative courts of Ukraine on judicial review of legislation. It is proposed to consider the direction of temporal effect in two aspects: firstly, as the definition of the past, current or future date, starting from which the unlawful legislation ceases to be effective; and secondly, as the effect of the decision on facts, legal rights and obligations, depending on their location in time with respect to the date of entry force of the corresponding decision. It is noted that in these cases the temporal scope of effect of a judgment correlated with the one of temporal effect of acts which ceases to be effective on their basis. The analysis of national legislation and practices has proved that the judicial review decisions of the Constitutional Court of Ukraine have mainly immediate or prospective effect and only in some cases retroactive effect; similar decisions of administrative courts are retroactive in a wider range of cases. The research highlights some defects of domestic legal regulation of the abovementioned issues.

Keywords: temporal effect of judgment; judicial review; retroactivity; prospectivity.

Надійшла до редакції 11.04.2017 р..



Шигаль Денис Анатолійович,
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри історії держави і права України
та зарубіжних країн,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: shigal.da@gmail.com
ORCID 0000-0001-5087-4951

doi: 10.21564/2414–990x.137.101529
УДК 340.15:340.11

ВИБІР ТЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ІСТОРИКО–ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ: ПИТАННЯ МЕТОДИКИ

Розглядаються методичні аспекти вибору теми порівняльного історико-правового дослідження. Окрім загальних вимог до формулювання теми майбутньої наукової роботи, пов'язаних з визначенням її актуальності, проблемності та наукової новизни, аналізуються її специфічні, зокрема, вимоги вибору країни (країн) походження історико-правових об'єктів; визначення об'єктів порівняльного історико-правового аналізу; обрання виду (видів) порівняння. Послідовний розгляд у статті ключових параметрів, що впливають на вибір теми компаративного дослідження, спрямований на покращення методичного забезпечення наукової діяльності у галузі історико-правової компаративістики.

Ключові слова: метод; тема порівняльного історико-правового дослідження; об'єкт історико-правового порівняння; вид порівняння.

Шигаль Д. А., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Украины и зарубежных стран, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: shigal.da@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5087-4951

Выбор темы сравнительного историко-правового исследования: вопросы методики

Рассматриваются методические аспекты выбора темы сравнительного историко-правового исследования. Помимо общих требований к формулировке темы будущей научной работы, связанных с определением ее актуальности, проблемности и научной новизны, анализируются и специфические, в частности, требования по выбору страны (стран) происхождения историко-правовых объектов; определению объектов сравнительного историко-правового анализа; выбору вида (видов) сравнения. Последовательное рассмотрение в статье ключевых параметров, влияющих на выбор темы компаративного исследования, направлено на улучшение методического обеспечения научной деятельности в отрасли историко-правовой компаративистики.

Ключевые слова: метод; тема сравнительного историко-правового исследования; объект историко-правового сравнения; вид сравнения.

Постановка проблеми. Теорія будь-якого наукового засобу пізнання отримує свою конкретизацію у відповідній методиці і техніці дослідження. Саме методика і техніка як складові елементи внутрішньої структури методу роблять останній повноцінним інструментом для досягнення мети наукового пошуку. Незважаючи на те, що метод має два рівноцінні виміри – теоретичний та інструментальний – до останнього часу в історико-правовій науці домінував лише перший, та і то переважно у вигляді загальнонаукових абстракцій. У результаті сучасні дослідження в галузі історії держави і права у багатьох випадках проводяться без попередньої методологічної підготовки, а сам дослідник найчастіше залишається на самоті з величезним і надзвичайно складним історико-правовим матеріалом. Концепція розгляду структури наукового методу крізь призму теорії, методики і техніки дозволяє як урівноважити рівні його прояву, так і зосередити врешті-решт увагу на інструментальному вимірі. Сучасному вченому потрібна не лише теорія, а й надійний та ефективний інструмент для вирішення поставлених завдань, причому ця теза стосується всіх галузей наукового знання. Що ж до компаративних історико-правових досліджень, то проблема їх відповідного інструментального забезпечення виникає вже на етапі формулювання теми роботи, оскільки традиційне встановлення актуальності, проблемності та наукової новизни тут прямо обумовлене специфікою порівняльного історико-правового аналізу.

Актуальність теми статті обумовлена відсутністю у сучасній методології історико-правової науки детально регламентованої методики і техніки застосування кожного з її засобів наукового пізнання. Ті знання про історико-правові методи, які є на сьогодні, вкрай уривчасті, неповні і спорадичні, тож не дають повноцінного уявлення про процедури та їх послідовність, яких повинен дотримуватись дослідник при використанні того чи іншого методу. А як свідчить практичний досвід, наявність технології та її застосування відповідно до інструкції значно спрощує роботу, зменшує кількість помилок і дозволяє сконцентруватися на кінцевій меті діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загалом правова компаративістика та її методологія вже тривалий час перебуває у центрі уваги багатьох відомих правознавців, серед яких, зокрема, можна вказати Х. Бехруза, М. А. Дамірлі, О. В. Кресіна, Х. Кьотца, Л. А. Луць, О. В. Петришина, А. Х. Саїдова, А. О. Тіллі, Є. О. Скрипільова, І. М. Ситар, К. Цвайгерта, Г. В. Швекова та ін. Водночас її історико-правовий напрям, включаючи питання методики, досі залишається майже не вивченим, що й обумовлює продовження відповідної дослідницької роботи.

Мета статті полягає у встановленні тих обов'язкових методичних процедур та етапів, яких повинен дотримуватися дослідник при обранні і формулюванні теми порівняльного історико-правового дослідження для уникнення критичних помилок й визначення правильного напрямку своєї наукової діяльності.

Виклад основного матеріалу. Вибір теми будь-якого наукового дослідження обов'язково пов'язаний з визначенням її актуальності, проблемності та

наукової новизни. Саме з вибору теми, як правило, починається наукова робота, тож це є найважливішим та найвідповідальнішим етапом роботи вченого. Правильне визначення теми часто обумовлює успіх всієї науково-дослідницької діяльності [15, с. 44].

Характеристика актуальності теми передбачає процедуру її обґрунтування, що означає наведення підкріплених доказами вагомих наукових доводів на її користь, викладених у певній системі. Іншими словами, тему наукової роботи можна вважати обґрунтованою, якщо знайдені переконливі аргументи, які свідчать про те, що дослідження з обраної теми має бути проведено негайно, що тема є затребуваною і своєчасною. Н. Л. Коршунова вказує, що багаторічний досвід керівництва дисертаційними дослідженнями аспірантів та здобувачів свідчить, що оформлення актуальності дається авторам досить важко... Багато-слів'я, плутана логіка, повтори, невинувато великий перелік прізвищ мислителів та вчених, які залишили свій слід у вивченні найбільш близько пов'язаних з темою дисертації питань, розпливчатість уявлень про спонукальні імпульси до розробки теми, що заявляється, з боку соціуму – ось найбільш очевидний перелік недоліків, які примушують більш прискіпливо ставитися до обґрунтування актуальності теми наукової роботи [7, с. 8].

Тема наукового дослідження повинна характеризуватися й своєю проблемністю, тобто бути пов'язаною з розв'язанням певної проблеми. Під проблемою зазвичай розуміють складне наукове завдання, що охоплює певну область знань і має перспективне значення. Постановка проблем є складною і відповідальною задачею. Крім того, треба відрізнити псевдопроблеми від наукових проблем; перші завжди мають антинауковий характер.

Наукова новизна теми дослідження прямо пов'язана з вирішенням нової наукової задачі. Це означає, що тема у такій постановці ніколи не розроблялася і зараз не розробляється, тобто дублювання тем виключається.

При виборі теми порівняльного історико-правового дослідження, окрім вищевказаних загальних характеристик актуальності, проблемності і наукової новизни, слід враховувати і низку специфічних, які доцільно поділити на декілька блоків:

- 1) вибір країни (країн) походження історико-правових об'єктів;
- 2) вибір об'єктів порівняльного історико-правового аналізу;
- 3) обрання виду (видів) порівняння.

Вибір країни або країн походження історико-правових об'єктів є найпріоритетнішим питанням, яке потрібно вирішити на початку обрання теми майбутнього порівняльного історико-правового дослідження. Пов'язано це з необхідністю досконало знати мову порівнюваних об'єктів. Так, К. Цвайгерт і Х. Кьотц зауважують, говорячи про норми обмежень при визначенні предмета конкретного порівняльного дослідження, що часто нездоланною перешкодою тут є незнання мови [16, с. 64–65]. Справді, можна бути добре обізнаним в історії держави і права США, Англії, Франції, Німеччини тощо, але незнання мови цих країн унеможливує обрання відповідних об'єктів для проведення

порівняльного аналізу. Звичайно, можна використовувати переклади тих або інших історико-правових джерел, але при цьому завжди слід пам'ятати про можливість помилки перекладача, завдяки якій аутентичний зміст того або іншого історико-правового інституту буде безнадійно викривлений. Це ж стосується і порівняльно-історичного аналізу вітчизняного права – в усіх випадках, коли справа торкається стародавніх джерел права, треба або досконально володіти мовою документів, або мати якісний професійний переклад їх текстів.

О. П. Пронштейн у своїй фундаментальній праці «Методика історичного дослідження» зауважує, що «давньоруський текст, навіть розчленований на слова, фрази та абзаци, не завжди може бути зрозумілий сучасному читачеві. Для цього необхідно знати особливості граматичних форм епохи, у яку був створений документ, що вивчається» [10, с. 83]. Недостатня увага до граматичних форм мови призводила до помилок навіть досвідчених дослідників. Прикладом цього може слугувати аналіз ст. 63 «Псковської судної грамоти», у якій записано: «А который изорник отречется у государя села или государь его отречет, – и государю взять у него все половину своего изорника, а [и] зорник половину».

П. І. Беляєв, а за ним і П. А. Аргунов вважали, що слово «село» належить до слова «государь» і стверджували, що у статті мається на увазі «государь села», тобто середньовічний сеньйор. Заперечуючи їм, М. М. Богословський звернув увагу на те, що доповнення у родовому відмінку «села» до слова «государь» абсолютно не властиве мові «Псковської судної грамоти». У даному контексті слово «село» означає ділянку і стосується дієслова «отречься», а зміст фрази полягає у праві ізорника (феодално залежного селянина) відмовитися від тієї ділянки («села»), на якій він сидів. При такому граматичному тлумаченні цієї статті характер відносин між господином та ізорником отримує зовсім інший смисл.

Важливою умовою безпомилкового опанування тексту історико-правового джерела є знання термінології того історичного періоду, коли воно було створене. Так, не знаючи лексики XI–XIII ст., неможливо зрозуміти, чим розрізняються між собою слова ст. 1 «Просторової Правди» – «братучадо» і «братню сынови». Якщо другий вислів означає син брата, то перший – діти двох рідних братів. У Судебнику 1497 р. свого пояснення потребують слова «пожилое» – плата за користування двором, «доклад» – перенесення справи на розгляд у вищу інстанцію. Для сучасного читача Судебника 1550 р. можуть бути незрозумілими слова «повоз» – підводна повинність, «боярское дело» – панщина. Не всякий читач Соборного уложення 1649 р. зможе зрозуміти слова «отцелуется» – принесе присягу, «безлетно» – безстроково та ін. У давньоруських документах XI–XVI ст. слово «год» означало час; «сосуд» – лодку, судно; «казнь» – покарання; «живот» – життя, майно, тварину; «неделя» – неділю, недільний день; «пакость» – розорення, грабіж; «избыток» – залишок; «сугубый» – подвоєний; «костки» – вид податі; «посельский» – управитель вотчини; «гридин» – воїн та ін. [10, с. 85–89]. Як бачимо, лінгвістичні параметри майбутнього порівняльного історико-правового дослідження мають досить серйозне значення.

До речі, порівняльні історико-правові дослідження у галузі вітчизняної історії держави і права сьогодні надзвичайно перспективні. Традиційний лінійний підхід до висвітлення тих або інших проблем історико-правової науки з його характерною описовістю призвів до суттєвого звуження переліку актуальних тем дисертаційних робіт. Крім того, продуктивність такого підходу викликає серйозні зауваження сучасних науковців. У таких умовах новий – порівняльний – вектор історико-правових досліджень здатен суттєво оздоровити науку історії держави і права та призвести у найближчій перспективі до якісної зміни парадигми її розвитку. Крім того, обрання історико-правових об'єктів порівняльного аналізу серед вітчизняних зразків значно мінімізує мовні обмеження для компаративіста.

Вибір об'єктів порівняльного історико-правового аналізу – наступний етап при визначенні теми майбутнього компаративного дослідження. В. Д. Ткаченко, говорячи про об'єкт будь-якої юридичної науки, зауважує, що ним є «держава і право, або державно-правова реальність» [9, с. 13]. На думку Ю. А. Тихомірова, «об'єкти порівняльного правознавства – не умоглядні задачі кабінетних учених, а реальні загальноправові явища і процеси, що вимагають аналізу, оцінки та прийняття адекватних державно-правових заходів й здійснення необхідних дій» [14, с. 41]. І. М. Ситар і О. Л. Чорнобай зазначають, що об'єктами порівняльного правознавства, а отже і порівняльно-правового аналізу, виступають будь-які зіставні (порівнювані) одні з одним державно-правові явища, а чітко визначений аспект встановлення об'єкта порівняльного правознавства дає досліднику можливість визначити межі своєї роботи та методологічно правильно виконати дослідження [12, с. 32]. Л. А. Луць переконана, що «визначальними для процесу порівняння є два принципи: 1) порівнюваності об'єктів; 2) відповідності рівнів та форм порівняння. Об'єкти порівняння мають належати до певної сфери дійсності, що їх об'єднує, тобто бути порівнюваними» [8, с. 493]. Зауважимо, що для порівняльного історико-правового методу такі визначення об'єктів є неповними, і це зрозуміло, оскільки дефініції запозичені з суміжної правової дисципліни – порівняльного правознавства.

Розглядаючи сутність історико-правового об'єкта порівняльного аналізу, слід зазначити, що просте додавання категорії «історичне» до вищенаведеного терміна «об'єкт порівняльного правознавства» не вирішує всіх методологічних питань, які виникають навколо цього відносно нового поняття у історико-правовій науці. М. А. Дамірлі зауважує, що специфіка історико-правового пізнання полягає у тому, що його можна вважати різновидом і правового, і історичного пізнання. При цьому це не означає, що історик права повинен займатися відтворенням двох паралельних рядів, оскільки об'єкт завжди один. Історико-правове пізнання – єдиний процес мислення, який поєднує у собі історичний і юридичний ракурси [4, с. 416–417]. Відповідно історико-правова наука – це наука, яка осягає свій об'єкт у широкому соціокультурному історичному контексті, а найважливішим елементом творчої діяльності історика права є увага не лише до окремих правових текстів або їх комплексів, до окремих історико-правових фактів, а також й до широкого соціокультурного історичного контексту, в межах

якого розрізнені свідчення історичного буття права об'єднуються й набувають свого смислу. Історик права повинен проникнути у духовний світ творця тексту, вступати у безпосередній контакт з досліджуваним суспільством, отримувати неотфільтровані фрагменти справжньої історико-правової реальності, які й роблять історію права наукою [4, с. 422].

Таким чином, підсумовуючи все вищесказане, об'єкти порівняльного історико-правового аналізу можна визначити як зіставні елементи державно-правової реальності, що розташовані в історичному минулому й вивчення яких потребує широкого соціокультурного контексту. При цьому обов'язково слід відзначити різницю між історико-правовими об'єктами та історико-правовими документами, які співвідносяться як ціле та частина. Історико-правові документи можуть виступати як самостійні об'єкти, так і бути складовою частиною більш широких об'єктів компаративного аналізу. Як приклад, можна навести ті конституційні документи, що потребують свого вивчення у рамках порівняльного дослідження англійської та французької буржуазних революцій.

Виходячи з наведеного визначення, можна виділити наступні види об'єктів історико-правового порівняння:

- 1) цивілізації;
- 2) держави та їх форми: правління, територіального устрою, державно-правового режиму.
- 3) механізми держави, державні органи та державні інститути;
- 4) кризові процеси державно-правової трансформації: двірцеві перевороти, реформи, революції;
- 5) форми права: правові звичаї, правові прецеденти, нормативно-правові акти тощо;
- 6) структурні елементи системи права: норми права, правові інститути, галузі та підгалузі права;
- 7) результати інкорпорації, кодифікації та консолідації як різновидів систематизації законодавства;
- 8) процес правотворчості та його окремі стадії;
- 9) юридична техніка як сукупність прийомів і правил структурування та вираження правових норм, а також побудови нормативно-правових актів;
- 10) правозастосовна діяльність держави як особлива форма реалізації права;
- 11) юридична практика;
- 12) правовідносини: конституційні, адміністративні, кримінальні, процесуальні, цивільні, трудові, сімейні та ін.
- 13) правосвідомість, правове виховання та правова культура тощо.

Як видно з наведеного переліку, більшість указаних об'єктів формально нічим не відрізняються від об'єктів порівняльного правознавства, що вимагає зробити акцент на їхній специфіці, яка, до речі, є досить значною. Так, можна виділити наступні особливості об'єктів історико-правової компаративістики.

По-перше, внаслідок своєї часової віддаленості від дослідника порівняльні історико-правові об'єкти, перебуваючи в історичному минулому, мають набагато

більшу вірогідність бути сфальсифікованими, ніж об'єкти порівняльно-правові. Якщо у сучасності досить важко, здебільшого майже неможливо підробити нормативно-правовий акт, то історичне минуле це обмеження знімає. Цікаво, що мотиви фальсифікації історико-правових документів можуть бути різними, починаючи від завдань зовнішньополітичної боротьби і закінчуючи намірами популяризувати ту або іншу історичну постать. Досить часто підробки здійснювалися у гонитві за сенсацією, з літературними цілями, з метою ідеологічної боротьби тощо. Сфальсифіковані документи використовувалися і як засоби активізації боротьби народних мас проти самодержавства та феодалізму. Наприклад, відомий фальшивий наказ Катерини II від 30 жовтня 1763 р. явного антидворянського змісту, у якому, зокрема, вказувалося про настання часу для викорінення серед представників дворянського стану хабарництва.

О. П. Пронштейн зазначає, що «фальшивими документами широко користувалися представники панівного класу для укріплення своїх внутрішньополітичних позицій». Наприклад, В. Н. Татіщев знайшов створену у Новгороді підробну статутну грамоту, у якій говорилося про вільності цієї боярської республіки. У період зміцнення самодержавства в Росії московські государі, князі і представники великого боярства для обґрунтування своїх прав і привілеїв фабрикували й первинні матеріали, включаючи розрядні книги з переліком вигаданих походів, статейні списки зі звітами про посольства, які насправді нікуди не відправлялися, грамоти на кормління, які ніколи не видавалися та ін. Тривалий час у науковому середовищі точилася дискусія про достовірність церковних статутів князів Володимира і Ярослава. Коли у XVI ст. загострилася боротьба між церквою та державною владою, при кафедрі митрополита був введений в обіг фальшивий ярлик хана Узбека митрополиту Петру, який проголошував непідсудність духівництва світським владам. Фальшивими були й грамоти Андрія Боголюбського 1159 р. про визнання незалежності Києво-Печерського монастиря від влади Київського митрополита та Льва Галицького про затвердження виключного права єпископського суду в монастирях св. Миколая та Крилоському [10, с. 236–241].

По-друге, умови та функціонування об'єктів порівняльного історико-правового аналізу є настільки неочевидними внаслідок їх належності до минулого, що у більшості випадків їх вивчення потребує проведення необхідної історичної реконструкції. Остання, до речі, здійснюється у вищезгаданому соціокультурному форматі. Об'єкти ж порівняльно-правові внаслідок свого зв'язку з сучасністю не потребують ні широкої реконструкції, ні залучення у такому великому обсязі додаткових методологічних підходів, тим більше з суміжних наукових галузей. Незважаючи на досить тісний взаємозв'язок порівняльно-правового та інших методологічних напрямків, масштаби їх взаємодії порівняно з історико-правовим порівняльним аналізом все ж таки будуть набагато меншими. Умови існування порівняльно-правових об'єктів досить часто є настільки явними і очевидними, що дозволяють під час проведення відповідної наукової роботи обмежитися виключно догматико-правовим підходом.

Свого часу відомий компаративіст М. М. Ковалевський з цього приводу зазначав, що на погляд необізнаної людини, «вивчення пам'ятників стародавнього права здається справою досить простою, а вся задача вченого зводиться, щонайбільше, до тлумачення статей... Що десятий том, що Руська Правда – для них однаково» [5, с. 59]. На його думку, ніщо не може бути більш антинауковим, а також викликати більше здивування, а іноді й обурення істориків, як спроби юристів-практиків проводити дослідження історико-правових явищ виключно з позицій догматичного підходу. «Застосовувати до тлумачення уривчастих і таких, що не завжди правильно ними розуміються, текстів ту тонку казуїстику, котру сучасне цивільне право запозичило, в усякому разі, у найсуттєвіших рисах, у римських юристів, вживати до явищ слабо розвинутого ще цивільного побуту терміни римської юриспруденції й орудувати потім цими термінами, як існуючими фактами, – що може бути більш свавільним, ненауковим і небезпечним! – З такими прийомами не дивно знайти речові сервітути там, де насправді йдеться про общинні угіддя...» [5, с. 60–61].

По-третє, об'єкти порівняльно-правового аналізу у сучасному світі тяжіють до своєї якщо не уніфікації, то до максимального зближення. Чого не можна сказати про об'єкти історико-правового порівняння, які у переважній більшості є унікальними, специфічними та самотніми. Іншими словами, державно-правовий ландшафт минулого є набагато більш різноманітним та унікальним, ніж сучасна глобалізована державно-правова реальність. Отож проведення компаративного дослідження з історико-правової тематики вимагає від дослідника доброго знання численних лінгвістичних, культурологічних, релігійних та психологічних параметрів порівнюваних історико-правових об'єктів. Звичайно, робота з останніми є більш важкою, тривалою та відповідальною у тому контексті, що будь-яка суттєва помилка у їх реконструкції здатна істотно спотворити результати дослідження і негативно вплинути на його об'єктивність.

Обрання виду або видів порівняння – завершальний етап у визначенні теми майбутнього компаративного дослідження, після чого можна приступати до її остаточного формулювання.

У науковій літературі з питань компаративістики залежно від обраного критерію виділяють декілька видів порівнянь. Не всі з них можуть бути реалізовані в рамках історико-правового порівняльного аналізу, а тому зазначимо лише ті, які мають безпосереднє для нього значення:

1) діахронічне та синхронічне. Діахронічне порівняння передбачає зіставлення історико-правових об'єктів, розташованих на різних часових етапах свого розвитку, наприклад, мирові суди на території України, створені за судовою реформою 1864 р., і мирові суди в українських губерніях після судової контрреформи 1889 р. При синхронічному порівнянні зіставляються історико-правові об'єкти в межах одного часового інтервалу, наприклад, судоустрій на територіях Лівобережної і Правобережної України після 1864 р. Іноді ще діахронічне порівняння називають хронологічним, а синхронічне – просторовим. Також цілком

можливо в рамках одного компаративного дослідження використовувати як діахронічне, так і синхронічне порівняння.

2) внутрішнє і зовнішнє. Порівняння історико-правових об'єктів усередині однієї держави є внутрішнім, порівняння об'єктів, належних до різних держав (навіть якщо одна з них є вітчизняною) є зовнішнім;

3) мікро-, мезо- та макро-. У даному разі мова йде про рівні порівняльного аналізу. Мікрорівень передбачає порівняння об'єктів відповідного масштабу, серед яких, зокрема, окремі правові норми, правові звичаї, правові інститути, елементи юридичної техніки, деякі державні органи та державні установи тощо. Мезопорівняння має місце при залученні історико-правових об'єктів, ширших за обсягом й більш складних за своєю структурою. Так, на цьому рівні вже розташовуються: механізми держави, галузі права та великі правові інститути, нормативно-правові акти, правовідносини, юридична практика та ін. І нарешті макрорівень передбачає порівняння наймасштабніших об'єктів, серед яких можна виокремити цивілізації, держави та їх форми, реформи та революції, правосвідомість та правову культуру. Звичайно, чітких критеріїв для віднесення тих або інших об'єктів до відповідного рівня немає, – наприклад, правовий інститут залежно від конкретного наповнення може бути предметом як мікро-, так і мезопорівняння, – тим не менш, бажано хоча б орієнтовно на початку компаративного дослідження визначити його масштаб;

4) нормативне і функціональне. При нормативному порівнянні відправним пунктом є схожі правові норми, інститути та законодавчі акти. Такий підхід іноді трактується як формально-юридичний, або догматичний аналіз. Недоліками цього виду порівняння є те, що зовні ідентичні юридичні терміни не завжди мають одне й те саме значення у різних правових системах, а також те, що ті ж самі правові норми та інститути можуть виконувати різні функції. Функціональне порівняння передбачає компаративний аналіз тих правових інститутів і норм, які вирішують схожу соціальну проблему, навіть якщо за формою свого зовнішнього виразу та способами врегулювання проблеми вони є діаметрально протилежними. У сучасних порівняльно-правових дослідженнях, як правило, застосовуються і нормативний, і функціональний підходи, утворюючи таким чином змішане, або нормативно-функціональне порівняння [Детальніше про це див.: 11, с. 48–53]. Зауважимо, що у компаративних історико-правових дослідженнях, враховуючи їх широкий соціокультурний контекст та не менш широке (і різноманітне) коло історико-правових об'єктів, визначення параметрів майбутньої роботи за цим критерієм не завжди є можливим;

5) монорелятивне та полірелятивне. Сутність монорелятивного порівняння полягає у співставленні двох об'єктів лише на одній підставі, що являє собою одну з багатьох загальних для цих об'єктів властивостей. Полірелятивне порівняння має місце при зіставленні об'єктів за кількома підставами. Якщо у результаті монорелятивного порівняння виражається інтенсивність властивості одного об'єкта стосовно інтенсивності властивості іншого об'єкта, то у результаті

полірелятивного порівняння встановлюється ступінь схожості порівнюваних об'єктів по всій сукупності властивостей [1, с. 91–107]. Очевидно, що у компаративних дослідженнях з історії держави і права, що характеризуються своєю складністю та багатоаспектністю, більш поширеним є саме полірелятивний вид порівняння. Тим не менш, слід визнати можливість проведення роботи, предметом якої є монорелятивний порівняльний аналіз.

Отже, з урахуванням вищевказаного можна говорити про дві стратегії вибору теми порівняльного історико-правового дослідження. Перша полягає у тому, що спочатку визначається вид і тип компаративного аналізу через вирішення зазначених вище питань, а вже потім підшукується і формулюється сама тема. Тобто вирішення завдання з обрання теми відбувається у напрямі від формалізації до змістовної конкретизації параметрів. Наприклад, дослідник обмежує свій науковий пошук: 1) Англією як країною походження правових документів; 2) законами як історико-правовими об'єктами; 3) діахронічним, внутрішнім, монорелятивним мезопорівнянням цих законів. І вже після того, як відбулося окреслення конкретних параметрів майбутньої компаративної роботи, у їх рамках остаточно конкретизується і формулюється тема дослідження.

Зміст другої стратегії – у визначенні спочатку кола власних інтересів дослідника, встановленні рівня його компетентності, а вже потім їх формалізації за вказаною схемою. У даному випадку завдання з обрання теми компаративного дослідження вирішується через змістовну конкретизацію і подальшу формалізацію параметрів. Наприклад, з'ясується, що сфера інтересів вченого торкається розвитку феодальної держави і права на території Східної Європи. Після цього виявляється рівень обізнаності майбутнього дослідника у цій сфері, і з урахуванням рівня його знань відбувається формулювання теми через окреслення вказаних вище характеристик: 1) країнами, державний устрій яких порівнюватиметься, визначаються Польща і Угорщина; 2) як історико-правові об'єкти обираються механізми державної влади; 3) видами порівняння вказуються синхронічне, зовнішнє, макро- і полірелятивне.

Висновки. Таким чином, визначення теми порівняльного історико-правового дослідження передбачає дотримання як загальних, так і спеціальних вимог методичного характеру. Якщо аспекти актуальності, проблемності і наукової новизни є загальнометодичними, то вибір країни (країн) походження історико-правових об'єктів, визначення самих об'єктів і виду (видів) порівняння належать до спеціальнометодичних умов коректного та аутентичного (самого змісту) формулювання теми компаративної роботи з історико-правової тематики. На цьому етапі компаративіст повинен не лише забезпечити актуальність, проблемність і наукову новизну теми свого дослідження, а й визначити лінгвістичні параметри майбутнього порівняльного аналізу; переконатися у тому, що об'єкти історико-правового порівняння не є сфальсифікованими; провести початкову історичну реконструкцію та ретроспекцію; якомога детальніше визначити види і тип порівняльних процедур.

Список літератури:

1. Бартон В. И. Сравнение как средство познания. Минск: Изд-во БГУ, 1978. 127 с.
2. Быковский С. Н. Методика исторического исследования. Ленинград: ГАИМК, 1931. 204 с.
3. Грушин Б. А. Очерки логики исторического исследования. Москва: Высшая школа, 1961. 214 с.
4. Дамирли М. А. Специфика историко-правового познания и новый облик историко-правовой науки. *Актуальні проблеми політики*. Одеса. 2003. Вип. 16. С. 416–424.
5. Ковалевский М. М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приёмы изучения истории права. Москва: Тип. О. Б. Миллера, 1880. 76 с.
6. Ковальченко И. Д. Методы исторического исследования. 2-е изд., доп. Москва: Наука, 2003. 486 с.
7. Коршунова Н. Л. Актуальность темы исследования и процедура ее обоснования. *Гуманитарный вектор*. Чита. 2013. № 1 (33). С. 7–12.
8. Луць Л. А. Теорія порівняльно-правового методу. Методи та засоби порівняльно-правового дослідження. *Держава і право. Юрид. і політ. науки*. Київ. 2006. Вип. 31. С. 489–496.
9. Пронштейн А. П. Методика исторического исследования. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1971. 467 с.
10. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / под ред. В. А. Туманова. Москва: Юристъ, 2000. 448 с.
11. Ситар І. М., Чорнобай О. Л. Методологічні основи порівняльного правознавства: навч.-метод. посіб. Львів: ЛьвДУВС, 2009. 72 с.
12. Сырых В. М. Метод правовой науки: (Основные элементы, структура). Москва: Юрид. лит., 1980. 176 с.
13. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. Москва: Норма, 1996. 432 с.
14. Ткаченко В. Д., Погребняк С. П., Лук'янов Д. В. Порівняльне правознавство: підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. В. Д. Ткаченка. Харків: Право, 2003. 274 с.
15. Улащик В. С. Выбор темы научных исследований. *Здравоохранение*. 2014. № 7. С. 43–49.
16. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. Москва: Междунар. отношения, 2000. Т. 1: Основы. 480 с.

References:

1. Barton, V.I. (1978). *Sravnienie kak sredstvo poznanija*. Minsk: Izd-vo BGU [in Russian].
2. Bykovskij, S.N. (1931). *Metodika istoricheskogo issledovanija*. Leningrad: GAIMK [in Russian].
3. Grushin, B.A. (1961). *Oчерki logiki istoricheskogo issledovanija*. Moscow: Vysshaja shkola [in Russian].
4. Damirli, M.A. (2003). *Specifika istoriko-pravovogo poznanija i novyj oblik istoriko-pravovoj nauki. Aktual'ni problemy polityky*, issue 16, 416–424 [in Russian].
5. Kovalevskij, M.M. (1880). *Istoriko-sravnitel'nyj metod v jurisprudencii i prijomu izuchenija istorii prava*. Moscow: Tip. O. B. Millera [in Russian].
6. Koval'chenko, I.D. (2003). *Metody istoricheskogo issledovanija*. Moscow: Nauka [in Russian].
7. Korshunova, N.L. (2013). *Aktual'nost' temy issledovanija i procedura ee obosnovanija. Gumanitarnyj vektor – Humanitarian Vector*, 1 (33), 7–12 [in Russian].
8. Luc', L.A. (2006). *Teorija porivnjal'no-pravovogo metodu. Metody ta zasoby porivnjal'no-pravovogo doslidzhennja. Derzhava i pravo. Juryd. i polit. nauky*, issue 31, 489–496 [in Ukrainian].
9. Pronshitejn, A.P. (1971). *Metodika istoricheskogo issledovanija*. Rostov-na-Donu: Izd-vo Rost. un-ta [in Russian].
10. Saidov, A.H. (2000). *Sravnitel'noe pravovedenie (osnovnye pravovye sistemy sovremennosti)*. V.A. Tumanov (Ed). Moscow: Jurist [in Russian].
11. Sytar, I.M., Chornobay, O.L. (2009). *Metodolohichni osnovy porivnjal'noho pravoznavstva*. L'viv: L'vDUVS [in Ukrainian].

12. Syryh, V.M. (1980). Metod pravovoj nauki: (Osnovnye jelementy, struktura). Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
13. Tihomirov, Ju.A. (1996). Kurs sravnitel'nogo pravovedenija. Moscow: Norma [in Russian].
14. Tkachenko, V.D., Pogrebnyak, S.P., Luk'janov, D.V. (2003). Porivnjal'ne pravoznavstvo. V.D. Tkachenko (Ed). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
15. Ulashhik, V.S. (2014). Vybor temy nauchnyh issledovanij. *Zdravoohranenie – Healthcare*, 7, 43–49 [in Russian].
16. Cvajgert, K., Ketc, H. (2000). Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava. (Vols. 1–2); Vol. 1: Osnovy. Moscow: Mezhdunar. otnoshenija [in Russian].

Shygal D. A., PhD in Law, Assistant professor of the History of State and Law for Ukraine and foreign countries Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: shigal.da@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5087-4951

Choice of the subject of comparative historical and legal research: issues of methods

Methodical aspects of the choice of comparative historical and legal research subject are considered. Specific requirements, in particular ones for the choice of the country (countries) of origin of historical and legal objects; for the definition of the objects of comparative historical and legal analysis; for the choice of the type (types) of comparison besides the general requirements to the formulation of the subject of future scientific work related to the definition of its relevance, problematical character and a scientific novelty are analysed. Consecutive consideration of the key parameters influencing the choice of the topic of comparative research in the article is aimed at improving the methodical support of scientific activity in the field of historical and legal comparativistics.

Keywords: method; subject of comparative historical and legal research; object of historical and legal comparison; type of comparison.

Надійшла до редколегії 14.05.2017 р.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО



Андрейцев Владислав Володимирович,
кандидат юридичних наук,
докторант Донецького національного
університету імені Василя Стуса,
Україна, м. Вінниця
e-mail: andreytsev.v@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.137.95843
УДК 346.1:349.6

ЛІЦЕНЗІЙНО–ПРАВОВІ УМОВИ ЗДІЙСНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З ВИРОБНИЦТВОМ ОСОБЛИВО НЕБЕЗПЕЧНИХ ХІМІЧНИХ РЕЧОВИН (ОБ'ЄКТІВ)

Розкрито особливості ліцензування у системі засобів державного регулювання і забезпечення господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин. Значну увагу приділено дотриманню ліцензійних правових умов здійснення господарської діяльності, обтяженої ризиками небезпечних речовин.

Ключові слова: ліцензійні умови; ліцензійні вимоги; ліцензія на здійснення господарської діяльності, пов'язаної з небезпечними речовинами (об'єктами); об'єкти підвищеної небезпеки; джерела підвищеної небезпеки; ризикова господарська діяльність.

Андрейцев В. В., кандидат юридических наук, докторант Донецького національного університету імені Василя Стуса, г. Вінниця.
e-mail: andreytsev.v@gmail.com

Лицензионно-правовые условия осуществления хозяйственной деятельности, связанной с производством особо опасных химических веществ (объектов)

Раскрыты особенности лицензирования в системе мер государственного регулирования и обеспечения хозяйственной деятельности, связанной с производством особо опасных химических веществ. Значительное внимание уделено соблюдению лицензионных правовых условий осуществления хозяйственной деятельности, обтяженной рисками опасных веществ.

Ключевые слова: лицензионные условия; лицензионные требования; лицензия на осуществление хозяйственной деятельности, связанной с опасными веществами (объектами); объекты повышенной опасности; источники повышенной опасности; рискованная хозяйственная деятельность.

Постановка проблеми. Ліцензування і забезпечення певних видів господарської діяльності відповідно до ч. 1 ст. 14 Господарського кодексу України (далі – ГК України) є засобом державного регулювання у сфері господарювання, яке спрямовується зокрема на забезпечення єдиної державної політики в зазначеній сфері та захист економічних і соціальних інтересів держави, народу та окремих споживачів.

Правові засади ліцензування певних видів господарської діяльності визначаються конституційним правом кожного на здійснення підприємницької діяльності, не забороненої законом, та принципів господарювання, встановлених ГК України (ст. 6). Ліцензія визначається як документ державного зразка, який засвідчує право суб'єкта господарювання – ліцензіата на провадження (здійснення) зазначеного в ньому виду господарської діяльності протягом визначеного строку за умови виконання ліцензійних умов у межах відповідних правовідносин, що регулюються законом. Тому ліцензування ГК України віднесено до основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання.

Аналіз останніх досліджень. Загальні питання ліцензування господарської (підприємницької) діяльності фрагментарно досліджувалися в роботах учених з адміністративного права В. Б. Авер'янова, Є. В. Додіна, В. К. Колпакова, В. І. Ткаченка, з господарського права А. Г. Бобкової, О. П. Віхрова, Н. О. Саніахметової, В. С. Щербини. Проте спеціальних досліджень проблем ліцензування та особливостей ліцензійно-правових умов здійснення господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин (об'єктів) в господарсько-правовій літературі досі бракує, хоча нормативно-правова основа (база) у цій сфері послідовно розвивається на національному та транснаціональному рівнях. Це і є **метою** нашої статті.

Слід зазначити, що Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. № 222-VIII [3] закріплює перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, зокрема у сфері поводження з особливо небезпечними речовинами та небезпечними відходами за переліком, що визначається Кабінетом Міністрів України. У його розвиток прийняті Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України [1], інші акти нормативно-правового регулювання в цій сфері [2].

Зазначимо, що у теорії адміністративного права окремі автори виділяють організаційні розпорядчі функції управління, зокрема, нагляд, контроль, регулювання [4, с. 101]. Інші автори уточнюють функцію управління – регулювання, виділяють групу управлінських функцій у сфері правового регулювання [6, с. 53].

В. К. Колпаков розглядає ліцензування підприємницької діяльності як складову частину державного регулювання підприємництва в Україні [7, с. 646].

Ми підтримуємо позицію, висловлену в господарсько-правовій літературі, що ліцензування господарської діяльності слід розглядати як засіб державного регулювання господарської діяльності [11, с. 29–34], що базується на законодавчих приписах ГК України (ст. 12).

Виклад основного матеріалу. Слід назвати й інші нормативні приписи щодо ліцензування як спеціальної функції управління, приміром, Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів автомобільним транспортом: Постанова Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2015 р. № 1001 [2]; Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів залізничним транспортом: Постанова Кабінету Міністрів України від 9 грудня 2015 р. № 1168 [12]; Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва вибухових матеріалів промислового призначення: Постанова Кабінету Міністрів України від 22 липня 2016 р. № 604. [13]; Критерії, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження господарської діяльності з поводження з небезпечними відходами, що підлягає ліцензуванню, та визначається періодичність здійснення планових заходів державного нагляду (контролю) Міністерством екології та природних ресурсів: Постанова Кабінету Міністрів України від 9 листопада 2016 р. № 804 [14].

Як функція управління у відповідній галузі [5, с. 17], ліцензування розглядається в еколого-правовій літературі.

Безумовно, доктринальні підходи вчених щодо юридичної природи ліцензування господарської діяльності мають право на існування, і це обумовлює доцільність більш ґрунтовного дослідження цієї проблеми як різноманітного правового явища, що не виключає і нормативно-правового підходу, з точки зору правореґулюючого і державнореґулюючого засобу господарської діяльності, пов'язаної із небезпечними об'єктами (небезпечними речовинами, об'єктами та факторами – джерелами підвищеної небезпеки, які обумовлюють й відповідно правову форму регуляції державного здійснення ризикової господарської діяльності через механізм засобів державного регулювання господарської діяльності, що, як справедливо зазначається в господарсько-правовій літературі, визначається конституційним правом кожного на здійснення підприємницької діяльності, не забороненої законом, та принципами господарювання, встановленими ст. 6 ГК України.

Проте, як зазначають учені, не можна визнати вдалими два закони, один із яких передбачає ліцензування видів господарської діяльності, а інший – створення дозвільної системи у сфері господарської діяльності, на підставі аналізу яких окремі вчені проводять їх ототожнення як заходів превентивно-попереджувального характеру дозвільної системи забезпечення екологічної безпеки [9, с. 115]. Разом з цим розмежування ролі і призначення кожного із зазначених засобів державного забезпечення господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних речовин, залишається відкритим, при цьому ототожнення дозволу і ліцензії допускається вченими в галузі комерційного права [8, с. 24].

По-перше, документи ліцензування і дозвільної системи мають різне найменування і зміст, їх призначення відповідне у процедурі ліцензування і дозвільної системи господарської діяльності [10].

По-друге, відповідно до Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України, до заяви на отримання ліцензії мають додаватися відомості про наявність документів дозвільного характеру за встановленою формою, зокрема, позитивний висновок державної санітарно-епідеміологічної експертизи, позитивний висновок державної екологічної експертизи, дозвіл на виконання робіт підвищеної небезпеки та експлуатації (застосування) машин, механізмів, устаткування, тобто джерел підвищеної небезпеки, дозвіл на спеціальне водокористування, дозвіл на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами, номери та дати їх видачі, перелік особливо небезпечних хімічних речовин, на виробництво яких отримано висновок відповідної експертизи, адреса об'єкта проведення експертизи та ким виданий документ дозвільного характеру за підписом здобувача ліцензії, печатки та дати видання.

Такі ж вимоги висуваються Ліцензійними умовами провадження господарської діяльності з поводження з небезпечними відходами, затвердженими Постановою Кабінету Міністрів України від 13 липня 2016 р. № 446 [1].

Таким чином, документи дозвільного характеру передують проведенню (здійсненню) ліцензування господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин та поводженням з небезпечними відходами. Не встановлене нормативно і положення про те, що дозвільна система є засобом забезпечення екологічної безпеки чи засобом державного регулювання здійснення господарської діяльності щодо поводження з небезпечними об'єктами тощо.

Логічно, що відповідно до ч. 5 ст. 1 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. ліцензування визначається як засіб державного регулювання провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, спрямованими на забезпечення реалізації єдиної державної політики (ст. 307).

У сфері ліцензування забезпечується (виділено нами. – В. А.) захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства та окремих споживачів. Виходячи із викладеного, можна вести полеміку щодо логічності типового ряду суб'єктного складу та захисту інтересів держави як уповноваженого суб'єкта права, суспільства, що не передбачено чинним законодавством як суб'єкта захисту та узагальненого суб'єкта «споживачів», що має місце лише стосовно конкретних суб'єктів у правовідносинах споживання відповідних ресурсів та послуг.

Головне ж призначення ліцензування господарської діяльності як засобу державного регулювання окремих видів господарської діяльності полягає у забезпеченні реалізації єдиної державної політики у процесі виконання економічної і соціальної функцій держави шляхом легалізації окремих видів господарської діяльності, особливо тих, що пов'язані з небезпечними об'єктами, тобто небезпечними речовинами, що виробляються, переробляються, зберігаються

тощо у відповідних установках, технічних, технологічних системах як джерелах підвищеної небезпеки для людини та навколишнього середовища.

Отже, ліцензування це відповідна встановлена процедура, що забезпечує єдиний правопорядок здійснення господарської діяльності і реалізації компетенції суб'єктів господарювання у межах правових та єдиних вимог, встановлених державою, легалізованих державним документом у формі ліцензії, здатних забезпечувати економічні та соціальні інтереси держави, українського народу й інших суб'єктів як споживачів відповідної продукції (виробів) з точки зору гарантування їх безпечності у процесі використання та інших форм поводження з небезпечними об'єктами.

Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності» визначає категорію «здобувач ліцензії» та «ліцензіат». У першому випадку йдеться про суб'єкта господарювання, який подав до органу ліцензування заяву про отримання ліцензії разом із підтвердженими документами, згідно з вимогами Ліцензійних умов. Відповідно ліцензіатом визначається суб'єкт господарювання, який має ліцензію на провадження (здійснення) встановленого законом виду господарської діяльності, який зобов'язується виконувати ліцензійні вимоги Ліцензійних умов відповідного виду господарської діяльності, а здобувач ліцензії має забезпечувати відповідність своєї господарської діяльності Ліцензійним умовам, які розробляються центральним органом виконавчої влади, погоджуються спеціально уповноваженим органом з питань ліцензування та затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Водночас Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» від 6 вересня 2005 р., який за логікою мав би базуватися на нормах ГК України та йому відповідати, передбачив функціонування дозвільної системи у сфері господарської діяльності як сукупності урегульованих законодавством відносин, що виникають між дозвільними органами, державними адміністраторами та суб'єктами господарювання у зв'язку з видачею документів дозвільного характеру, переоформленням, видачею дублікатів, анулювання документів дозвільного характеру. Разом з тим, вказаний закон передбачає документи дозвільного характеру, зокрема дозвіл, висновок, рішення, погодження, свідоцтво, інший документ, але ліцензія серед цих документів не значиться (ст. 1).

Об'єктами, на які видаються документи дозвільного характеру, можуть бути споруди, будівлі приміщення, устаткування, обладнання та механізми, які проєктуються або вводяться в експлуатацію, господарська діяльність певного виду тощо, що зумовлює дублювання господарюючих суб'єктів звертатися до органів дозвільної системи та відповідно органів ліцензування окремих видів господарської діяльності, особливо пов'язаної з об'єктами підвищеної небезпеки, що є обов'язковим згідно з Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. щодо поводження з особливо небезпечними речовинами та небезпечними відходами за відповідним переліком, що встановлюється.

Наявність цих законів свідчить про неузгодженість правового забезпечення господарської діяльності, пов'язаної із об'єктами підвищеної небезпеки, і потре-

бує термінової кореляції шляхом усунення суперечностей у механізмі правового регулювання і забезпечення вказаної діяльності, приведення їх відповідно до вимог ГК України, який передбачає серед засобів державного регулювання виключно ліцензування господарської діяльності, а не отримання дозволів через систему дозвільного характеру.

При цьому додержання Ліцензійних вимог є обов'язковою ліцензійною умовою відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України» від 13 липня 2016 р. № 445 [1].

Ліцензійні умови є обов'язковими для всіх суб'єктів господарювання незалежно від їх організаційно-правової форми власності, які в певному обсязі або частково проводять чи мають намір здійснювати господарську діяльність з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України.

Аналіз зазначених Ліцензійних умов дозволяє виділити три основні групи ліцензійно-правових вимог, які висуваються до провадження господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин:

- 1) професійно-кваліфікаційні (кадрові) вимоги;
- 2) організаційно-правові вимоги;
- 3) технологічні вимоги, сукупність яких складають правові підстави для зазначеної господарської діяльності.

Професійно-кваліфікаційні вимоги передбачають низку зобов'язань ліцензіата, що забезпечують можливість кваліфікованої господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних речовин, зокрема:

а) наявність штатної чисельності фахівців (виконавців робіт залежно від їх видів та рівня забезпечення матеріально-технічної бази) відповідного рівня підготовки та освітньо-кваліфікаційного рівня;

б) забезпечення призначення на посади начальника виробництва, начальника відділення, начальника зміни осіб, що мають вищу освіту відповідного напрямку підготовки в галузі хімії (магістр, спеціаліст);

в) наявність у особи, яка відповідає на виробництві у суб'єкта господарювання за додержанням його підрозділами вимог екологічного законодавства, вищої освіти відповідного напрямку підготовки (магістр, спеціаліст);

г) зобов'язання здобувача ліцензії, ліцензіата щодо оформлення трудових відносин з персоналом шляхом укладання трудового договору відповідно до вимог ст. 24 Кодексу законів про працю України (як правило, у письмовій формі тощо).

Організаційно-правові вимоги включають цілеспрямований процес господарської діяльності з особливо небезпечних хімічних речовин, що характеризується єдністю сукупності належно оформлених документів щодо її здійснення відповідно до встановленого законом порядку в зазначеній сфері, який передбачає:

а) своєчасне в установленому законом порядку надання відомостей щодо ідентифікації джерел підвищеної небезпеки щодо поводження з небезпечними речовинами та відходами в установленій формі;

б) надання плану локалізації і ліквідації аварії у джерелах підвищеної небезпеки та внесення їх до Державного реєстру об'єктів підвищеної небезпеки;

в) надання відомостей щодо наявності дозволу на спеціальне водокористування;

г) надання відомостей щодо наявності дозволу на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами;

г) зберігання протягом дії ліцензії копії документів, які подавалися органу ліцензування згідно з вимогами чинного Закону, а також документів (копій), які підтверджують достовірність даних, що зазначалися здобувачем ліцензії у документах, які подавалися органу ліцензування;

д) зберігання протягом чинності терміну ліцензії оригіналу документа внесення плати за видачу ліцензії, банківської квитанції, виданої банком платіжного доручення з відміткою банку та квитанції з платіжного терміналу та квитанції (чеку) з поштового відділення зв'язку;

е) повідомлення органу ліцензування про всі зміни даних, включаючи інформацію щодо звуження переліку особливо небезпечних речовин, виробництво яких здійснює ліцензіат, зазначених у документах, що додавалися до заяви про отримання ліцензії;

є) забезпечення дотримання провадження господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин виключно в межах місць провадження цієї діяльності, зазначених у документах про них, поданих органу ліцензування, використання цих місць у провадженні зазначеної господарської діяльності;

ж) забезпечення дотримання провадження господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин виключно з використанням засобів їх провадження, що вказані у документах про них, які подані органу ліцензування згідно з вимогами зазначених Ліцензійних умов;

з) забезпечення присутності спеціально уповноважених посадових осіб під час проведення органом ліцензування перевірки дотримання ліцензіатом цих Ліцензійних умов;

и) забезпечення дотримання плану локалізації і ліквідації аварії на об'єкті господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин у разі планового чи позапланового припинення цієї діяльності у зв'язку з неможливістю використання матеріально-технічної бази, виникнення форс-мажорних обставин тощо та письмового повідомлення про це органу ліцензування в день виникнення зазначених обставин.

До того ж, слід надати висновок державної екологічної експертизи на відповідну документацію органу ліцензування у разі репрофілювання господарської діяльності, або консервації та ліквідації діючих підприємств, окремих структурних підрозділів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища.

На ліцензіата покладається забезпечення організації та проведення попереднього при прийнятті на роботу працівників і періодичних у процесі здійснення ними трудової функції медичних оглядів у порядку, визначеному МОЗ

України, а також безоплатно забезпечувати відповідних працівників спецодягом та засобами індивідуального захисту, засобами колективного захисту.

Водночас на ліцензіата покладається здійснення заходів, спрямованих на попередження захворювань, отруєння, забруднення виробничого середовища та утилізацію, знешкодження, захоронення або видалення різноманітних небезпечних відходів від виробництва особливо небезпечних хімічних речовин на власних виробничих потужностях, або шляхом передачі їх суб'єктам господарювання, які мають відповідну ліцензію на провадження господарської діяльності при поводженні з небезпечними відходами.

Складовою ліцензійних умов є виконання відповідними суб'єктами господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин, технологічно-правових вимог провадження зазначеної господарської діяльності, які передбачають наступне:

І. Відповідність матеріально-технічної бази технологічному регламенту, що встановлює:

а) технологічні параметри процесу і його окремих стадій шляхом автоматизованого контролю за допомогою систем сигналізації та блокування, що спрацьовують у разі перевищення граничних параметрів цього процесу і запобігають виникненню аварій;

б) контроль за вмістом у вихідній сировині домішок, що спричиняють порушення технологічного процесу або погіршення якості продукції;

в) специфічні особливості виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, що характеризується підвищеним ризиком для працівників та інших громадян, що перебувають у межах зон території виробництва, а також для довкілля та інших матеріальних чи інтелектуальних цінностей, які потребують спеціального захисту;

г) очищення газових викидів, збирання рідких і твердих відходів у процесі зазначеного виробництва;

д) контроль за станом технологічного процесу; ефективністю технологічного устаткування; станом контрольно-вимірювальних приладів; ізоляції трубопроводів і устаткування; вентиляції, заземлення, протипожежного устаткування.

Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з поводження з небезпечними відходами, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 13 липня 2016 р. № 448 [1], встановлюють певні вимоги щодо збирання відходів:

1. Таке збирання та сортування відходів здійснюється за видами та класами небезпеки для подальшого визначення найбільш оптимальних напрямів поводження з ними. Не допускається збирання відходів, якщо це не передбачено технологічним регламентом.

2. Надзвичайно небезпечні відходи першого класу збирають у герметично жорстку закриту тару.

3. Високо небезпечні відходи другого класу з урахуванням їх фізичного стану збирають в поліетиленові мішки, пакети тощо, що запобігають поширенню шкідливих речовин у навколишнє природне середовище.

4. Помірно небезпечні відходи третього класу збирають у тару, яка забезпечує їх локалізацію, що дає змогу виконувати вантажно-розвантажувальні і транспортні роботи та унеможливорює їх негативний вплив на здоров'я людей та поширення шкідливих речовин у навколишнє природне середовище.

5. Для збирання і тимчасового зберігання небезпечних відходів на підприємстві повинні відводитися і обладнуватися спеціальні майданчики, встановлюватися помаркована тара з чітким позначенням виду відходів, та класу їх небезпеки. Розміри та конструкція тари повинні забезпечувати легку заповнюваність та відвантаження відходів, унеможливлювати їх змішування, забруднення і псування відходів.

Збирання відходів повинно забезпечуватися шляхом їх вилучення з місця чи об'єкта утворення. Їх розміщення дозволяється лише у спеціально обладнаному місці чи об'єкті. Забороняється проводити інші види діяльності, не пов'язані з небезпечними відходами на території, відведеній для їх розміщення;

6. Місця для тимчасового зберігання небезпечних відходів повинні бути покриті неруйнівним та непроникним матеріалом з автономним зливовідводом. Не допускається також попадання поверхневого стоку з майданчиків у загальний зливовідвід. Має передбачатися ефективний захист відходів від дії атмосферних опадів та вітру. У місцях тимчасового зберігання небезпечних відходів мають бути наявні стаціонарні, або пересувні вантажно-розвантажувальні механізми.

7. На кожне місце чи об'єкт зберігання небезпечних відходів складається юридичний документ – спеціальний паспорт, в якому визначаються:

- найменування та код небезпечних відходів, відповідно до державного класифікатора відходів;
- кількісний та якісний склад відходів, їх походження;
- технічні характеристики місця чи об'єкта зберігання небезпечних відходів;
- відомості про методи контролю та безпечності експлуатації цих місць чи об'єктів;
- характеристика складських приміщень, майданчиків для тимчасового їх зберігання;
- відомості про власника відходів та місць їх розташування.

II. Видання ліцензіатом споживачеві сертифіката якості та карти даних небезпечного фактора на кожну партію особливо небезпечної хімічної речовини, що реалізується.

III. Обов'язковість повідомлення ліцензіатом органу ліцензування про всі зміни даних, зазначених у документах, що додавалися до заяви на отримання ліцензії. У разі появи таких змін ліцензіат зобов'язаний протягом місяця подати до органу ліцензування відповідне повідомлення у письмовій формі.

Викладене вище уможливорює сформулювати відповідні **висновки** про юридичне значення Ліцензійних умов та їх складових елементів щодо забезпечення безпеки господарської діяльності з виробництва небезпечних хімічних речовин у процесі ліцензування такої діяльності щодо забезпечення безпечності здійснюваної господарської діяльності та виконання встановлених вимог

кваліфікаційного, організаційного і технологічного нормативно-правового спрямування.

По-перше, Ліцензійні умови з точки зору змісту їх нормативно-правового опосередкування утворюють комплекс імперативно закріплених вимог щодо додержання їх суб'єктами господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин (об'єктів), спрямованих на упередження настання небезпеки та її поширення, виникнення аварії на підприємствах, що експлуатують такі речовини і джерела підвищеної небезпеки для працівників та інших осіб, що перебувають в зоні ризику небезпечної господарської діяльності, навколишнього природного середовища, інших матеріальних та інтелектуальних цінностей.

По-друге, Ліцензійні вимоги мають юридичне значення для суб'єктів господарської діяльності, пов'язаних з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин, оскільки складають сукупність спеціально обумовлених нормативно-правовим порядком зобов'язань для проведення ліцензування та отримання спеціального права на провадження господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин та виникнення спеціальної правосуб'єктності у відповідних юридичних та фізичних осіб-підприємців.

По-третє, дотримання Ліцензійних вимог є важливою юридичною підставою для здійснення процедури ліцензування спеціально уповноваженим органом держави щодо забезпечення безпеки здійснення господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, виявлення готовності заявників для отримання спеціальних правомочностей щодо провадження такої діяльності та виконання встановлених вимог безпеки у процесі реалізації такої діяльності, корелювання можливих ризиків для упередження негативних наслідків для людини, навколишнього природного середовища, інших матеріальних і духовних соціальних цінностей.

По-четверте, дотримання Ліцензійних вимог є обов'язковим зобов'язанням для осіб, які легалізують господарську діяльність у вказаній сфері та осіб, які мають намір (прогнозують, планують) здійснювати господарську діяльність, пов'язану з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин, поводження з небезпечними відходами такого виробництва та мають на праві власності або користування (оренди) відповідні засоби виробництва зазначеної продукції (джерела підвищеної небезпеки).

По-п'яте, встановлення нормативно-правовим порядком ліцензійно-правових вимог виступає важливим правовим засобом державного регулювання і забезпечення здійснення господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом особливо небезпечних хімічних речовин, поводження з небезпечними відходами, гарантування вимог безпеки вказаної діяльності, упередження можливих ризиків зазначеної діяльності, сталого розвитку національної економіки, задоволення соціальних інтересів в сучасних умовах.

По-шосте, дотримання системи кваліфікаційних (професійних), організаційно та технологічно-правових вимог виступає реальним юридичним фактом щодо здійснення процедури ліцензування спеціально уповноваженим органом

виконавчої влади господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, поводження з небезпечними відходами, надання права на її реалізацію протягом встановленого терміну, або відмови в наданні ліцензії у разі невиконання закріпленим нормативно-правовим порядком зобов'язань.

По-сьоме, ліцензійно-правові умови, які визначають систему нормативно встановлених вимог щодо здійснення господарської діяльності з виробництва особливо небезпечних хімічних речовин, поводження з небезпечними відходами, виступають важливим превентивним, державно-правовим засобом регулювання небезпечної господарської діяльності і гарантією забезпечення безпеки зазначених виробництв в умовах сталого розвитку національної економіки.

Список літератури:

1. Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з поводження з небезпечними відходами. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 13 липня 2016 р. № 448. *Урядовий кур'єр*. 2016. 16 липня. № 132.
2. Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів автомобільним транспортом, міжнародних перевезень пасажирів та вантажів автомобільним транспортом. Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2015 р. № 1001. *Урядовий кур'єр*. 2015. 9 грудня. № 230.
3. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 2 березня 2015 р. № 222-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 23. Ст. 158.
4. Авер'янов В. Б. Вибрані наукові праці. Київ, 2014.
5. Радик І. Л. Правові проблеми екологічного ліцензування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2001. 17 с.
6. Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. Р. О. Куйбіди. Т. 1. Київ: Книги для бізнесу, 2007.
7. Колпаков В. К. Адміністративне право України. Київ: Юрінком Інтер, 1999.
8. Комерційне право: підручник / відп. ред. проф. В. І. Шакун, доц. Л. В. Мельник. Київ: Правові джерела, 1997.
9. Краснова М. В., Євстігнєєв А. С. Правові проблеми дозвільної системи, як засобу забезпечення екологічної безпеки. *Проблеми права екологічної безпеки*: навч. посіб. / за заг. ред. М. В. Красного та Р. С. Кіріна. Дніпро: НГУ, 2016. 344 с.
10. Каченко В. І. Адміністративно-процедурні провадження у дозвільній системі України: шляхи вирішення проблемних питань. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. 344 с.
11. Щербина В. С. Господарське право: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2006.
12. *Урядовий кур'єр*. 2016. 14 січня. № 7.
13. Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва вибухових матеріалів промислового призначення: Постанова Кабінету Міністрів України від 22 липня 2016 р. № 604. *Урядовий кур'єр*. 2016. 21 вересня. № 177.
14. Критерії, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження господарської діяльності з поводження з небезпечними відходами, що підлягає ліцензуванню, та визначається періодичність здійснення планових заходів державного нагляду (контролю) Міністерством екології та природних ресурсів: Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 9 листопада 2016 р. № 804. *Урядовий кур'єр*. 2016. 18 листопада. № 247.

References:

1. Litsenziyni Ymovu Provadzheniya Gospodarskoji Diyalnosti z Povodzhennya z Nebezpechnumu Vidhodamu: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 13 lypnua 2016 r. № 448. (2016). *Uriadovyi Kur'ier*, 132 [in Ukrainian].
2. Litsenziyni Ymovu Provadzheniya Gospodarskoji Diyalnosti z Perevezennya Pasazhuriv, Nebezpechnuh Vantazhiv ta Nebezpechnuh Vidhodiv Avtomobilnum Transportom Mizhnarodnuh

Perevezhenj Pasazhuriv ta Vantazhiv Avtomobilnum Transportom: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 2 grydnaya 2015 r. № 1001. (2015). *Uriadovyi Kur'ier*, 230 [in Ukrainian].

3. Pro Litsenzuvannya Vudiv Gospodarskoji Diyalnosti: Zakon Ukrainy vid 2 bereznaya 2015 r. № 222-VIII. (2015). *Vidomosti Verkhovnoji Radu Ukrainy*. 23, art. 158 [in Ukrainian].

4. Averyanov, V.B. (2014). Vubrani naukovy pratsi. Kyiv [in Ukrainian].

5. Radyk, I.L. (2001). Pravovi problemy ekolohichnoho litsenzuvannya: *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

6. Kuybidy, R.O. (Ed.). (2007). Codeks administrativnogo sudochunstva Ukrainy. Naukovo-practictuechnuy comentar. (Vols. 1–2; Vol. 1). Kyiv: Knugu dlya biznesu [in Ukrainian].

7. Kolpakov, V.K. (1999). Administrativne pravo Ukrainy. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

8. Komertsiyne pravo. (1997). Shakun, V.I., Melnyk, L.V. (Eds). Kyiv: Pravovi dzhherela [in Ukrainian].

9. Krasnova, M.V. Evstigneev, A.S. (2016). Pravovi problemu dozvilnoji systemu yak zasoby zabezpechennya ekologichnoji bezpeku. *Problemu prava ekologichnoji bezpeku*. M.V. Krasnova, R.S. Kirina (Ed). Dnipro: NSU [in Ukrainian].

10. Tkachenko, V.I. (2006). Administrativno-protsedurni provodzhennya y dozvilniy sustemi Ukrainy: shlyakhu virishennya problemnych putan. Luhansk: RVV LDUVS [in Ukrainian].

11. Shcherbuna, V.S. (2006). Gospodarske pravo. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

12. *Uriadovyi Kur'ier*. 2016. 14 sichnia, 7.

13. Litsenziini umovy provadzhennia hospodarskoji diialnosti z vyrobnytstva vybukhovykh materialiv promyslovoho pryznachennia: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 22 lystopada 2016 r. № 604. (2016). *Uriadovyi Kur'ier*. 21 veresnia, 177.

14. Kryterii, za yakymy otsiniuietsia stupin ryzyku vid provadzhennia hospodarskoji diialnosti z povodzhennia z nebezpechnymy vidkhodamy, shocho pidliahaie litsenzuvanniu ta vyznachaietsia zdiisnennia planovykh zakhodiv derzhavnoho nahliadu (kontroliu) Ministerstva ekolohii ta pryrodnykh resursiv zatverdzheno Postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 9 lystopada 2016 roku № 804. (2016). *Uriadovyi Kur'ier*. 18 lystopada, 247.

Andreytsev V. V., PhD in Law, Doctoral Studies in the Vasyl' Stus Donetsk National University, Ukraine, Vinnitsa.

e-mail: andreytsev.v@gmail.com

The licenses and legal conditions implementation economical activities, related with production especially dangerous chemical substances (objects) in the system means of state regulation and support

In article disclosed features of licensing in the system measures of state regulation and support economical activities, related with production especially dangerous chemical substances. The emphasize significant attention on the compliance licenses and legal conditions implementation economical activities, burdened Risks of dangerous substances.

Licensing conditions form a set of requirements for compliance by their business entities associated with the production of particularly hazardous chemicals (facilities) aimed at preventing the onset of danger and its spread, the emergence of accidents at enterprises operating such substances and sources of increased danger to workers and other persons, Which are in the risk zone of hazardous economic activities, the environment, other material and intellectual values. Licensing and legal conditions are an important preventive, state-legal means of regulating dangerous economic activity and guaranteeing the safety of these industries under conditions of sustainable development of the national economy.

Keywords: the licenses conditions; the licenses Requirements; the license to implementation economical activities; related with production especially dangerous substances (objects); the objects high-risk dangerous; the Sources high-risk dangerous; the risks economical activities.

Надійшла до редакції 15.03.2017 р..



Тертишна Лілія Сергіївна,
здобувач кафедри господарського права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: liliter3006@ukr.net
ORCID 0000-0002-0226-4275

doi: 10.21564/2414–990x.137.102007
УДК 346.22

ГОСПОДАРСЬКО–ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ РЕГІОНАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ

Досліджено суб'єкти державної регіональної політики, які у механізмі її реалізації використовують організаційно-господарські повноваження. Визначено, що такими повноваженнями наділені органи державної влади та місцевого самоврядування, які застосовують як основні, так і спеціальні засоби регулювання у відповідності до державної регіональної політики. Встановлено, що використання спеціальних господарсько-правових засобів потребує детального вивчення їх особливостей, обсягу закріплення на законодавчому рівні та створення ефективних механізмів реалізації.

Ключові слова: державна регіональна політика; суб'єкти організаційно-господарських повноважень; господарсько-правові засоби; державно-приватне партнерство; державна програма регіонального розвитку.

Тертишна Л. С., соискатель кафедры хозяйственного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: liliter3006@ukr.net ; ORCID 0000-0002-0226-4275

Хозяйственно-правовой механизм реализации государственной региональной политики

Исследованы субъекты государственной региональной политики, которые в механизме ее реализации используют организационно-хозяйственные полномочия. Определено, что такими полномочиями наделены органы государственной власти и местного самоуправления, которые используют как основные, так и специальные средства регулирования в соответствии с государственной региональной политикой. Установлено, что использование специальных хозяйственно-правовых средств требует детального изучения их особенностей, объема закрепления на законодательном уровне и создание эффективных механизмов реализации.

Ключевые слова: государственная региональная политика; субъекты организационно-хозяйственных полномочий; хозяйственно-правовые средства; государственно-частное партнерство; государственная программа регионального развития.

Вступ. У період швидких та непростих змін, які сьогодні відбуваються в усіх сферах суспільного життя не лише нашої країни, а й усього світу, виникає

потреба у розробленні єдиної стратегії, яка б мала комплексний характер у вирішенні соціальних, економічних, політичних, екологічних проблем. Такою «єдиною стратегією» виступає державна регіональна політика, оскільки саме вона спрямована на створення умов для динамічного й збалансованого соціально-економічного розвитку України та її регіонів, підвищення рівня життя кожного громадянина незалежно від місця його проживання.

Під державною регіональною політикою розглядають єдиний механізм, який у своєму функціонуванні використовує та консолідує абсолютно різні, на перший погляд, види та напрямки політик, дія яких спрямована на спільний для них усіх об'єкт – регіон та його економічний розвиток. Ефективність і результативність такої дії безпосередньо залежить від того комплексу інструментів, які у своєму арсеналі використовує кожен з напрямків державної регіональної політики. У зв'язку з тим, що базовим напрямом державної регіональної політики є економічна політика, постає потреба у визначенні засобів, за допомогою яких вона досягає поставлених перед нею пріоритетних цілей та суб'єктів, які використовують засоби її реалізації.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Питанням, які розглядаються у статті, приділяється чимало уваги у наукових працях вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі державного будівництва та місцевого самоврядування, таких як: Е. Алаєв (E. Alaiev), З. Варналій (Z. Varnalii), М. Долішній (M. Dolishnii), В. Поповкін (V. Popovkin), С. Романюк (S. Romaniuk) та ін. Однак не вичерпно досліджені питання державної регіональної політики з точки зору господарського права, зокрема які саме суб'єкти реалізації такої політики наділені організаційно-господарськими повноваженнями та якими господарсько-правовими засоби вони керуються у своїй діяльності.

Основна **мета і завдання статті** – визначення господарсько-правової складової у механізмі реалізації державної регіональної політики через виокремлення її суб'єктного складу та засобів реалізації такої політики у господарській діяльності.

Виклад основного матеріалу. Державна регіональна політика – це складова внутрішньої політики держави. Такий напрямок реалізації державної регіональної політики передбачає визначення кола повноважень органів, що реалізують таку політику, та засоби, які вони використовують для забезпечення політичного, економічного, соціального розвитку регіону. При цьому як сама державна регіональна політика, так і засоби її реалізації повинні сприяти зростанню розвитку регіону в цілому, здійснювати оптимізацію розміщення продуктивних сил за регіонами та вирівнювати умови господарювання і рівень життя людини.

В умовах теперішнього державного розвитку регіон виступає не лише об'єктом, а й активним суб'єктом реалізації державної регіональної політики. У зв'язку з цим виникає необхідність у збалансуванні двох тенденцій, які протягом тривалого часу існують в нашій країні – збереження існуючого впливу

державного регулювання, централізація та прагнення регіонів до самостійності, децентралізація. Їх виникнення пов'язане з тим, що з одного боку, економічний розвиток територій потребує цілеспрямованих дій з боку держави, а з іншого, – все більша частина економічних рішень переходить до компетенції самих регіонів, які визначають структурні зміни на мікрорівні. Таким чином, можна зробити висновок, що регіон завдячує тим, що він перестав бути виключно об'єктом реалізації державної регіональної політики і став суб'єктом такої політики, саме діяльності органів місцевого самоврядування на регіональному рівні.

Абсолютно кожна територія нашої країни, яка представлена на законодавчому рівні у вигляді регіону, макрорегіону, мікрорегіону, є унікальною і неповторною завдяки структурній неоднорідності простору, а тому будь-яку діяльність на ній, зокрема й господарську, необхідно здійснювати з урахуванням комплексу інтересів та особливостей кожної з них. Саме визначення органів та засобів, за допомогою яких вони реалізують державну регіональну політику, дозволить визначити шляхи досягнення компромісу між різними інтересами, що існують на кожній окремо взятій території.

Як зазначалося раніше, об'єктом державної регіональної політики є територія держави, яка представлена у вигляді регіону, макрорегіону у складі декількох регіонів чи їх частин, мікрорегіону, а також інших територіальних утворень, які характеризуються специфічністю, цілісністю та спільним розвитком і визначені законодавством для досягнення особливих цілей розвитку територій. Саме на них спрямована дія всіх видів і напрямків політик держави, які об'єднує в собі державна регіональна політика, реалізацію якої здійснюють суб'єкти державної регіональної політики.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про засади державної регіональної політики» суб'єктами державної регіональної політики є Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Рада Міністрів Автономної Республіки Крим, центральні та місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи. Однак аналіз Розділу III Закону дає підстави говорити про дещо інший перелік органів, які наділені повноваженнями у формуванні та забезпеченні державної регіональної політики. Таким чином, можна дійти висновку, що далеко не всі органи, будучи суб'єктами державної регіональної політики, наділені повноваженнями щодо її забезпечення та реалізації.

Головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної регіональної політики, зараз є Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України. До його повноважень належить проведення в установленому порядку моніторингу соціально-економічних та інших показників розвитку регіонів, районів і міст обласного, республіканського в Автономній Республіці Крим значення; формування переліку показників, за якими проводиться моніторинг розвитку територій і визнання їх депресивними; розроблення за участю інших центральних органів виконавчої влади, відповідних місцевих органів

виконавчої влади та органів місцевого самоврядування програм подолання депресивності територій і проведення моніторингу їх виконання; забезпечення розроблення, затвердження, перевірки, перегляду, внесення змін, скасування стандартів у сфері житлово-комунального господарства, стандартів з питань житлової політики, а також національних стандартів і кодексів усталеної практики; здійснення організаційного забезпечення з питань державної підтримки будівництва (придбання) доступного житла, формування житлового фонду соціального призначення, кредитування індивідуальних сільських забудовників; подання пропозицій щодо порядку формування цін (тарифів) на житлово-комунальні послуги, які підлягають регулюванню [1]. Таким чином, у зазначеній частині компетенції Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України його необхідно визнати суб'єктом організаційно-господарських повноважень.

Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України є єдиним органом, який на загальнонаціональному рівні визначає єдині засади державної регіональної політики, якими в подальшому будуть користуватися ті органи, які безпосередньо на місцях реалізують визначені ним напрямки.

Завдання держави в регулюванні державної регіональної політики не обмежується виключно реагуванням на давно відомі проблеми та потреби кожної окремо взятої території, вона повинна швидко й адекватно реагувати на будь-які зміни. Так, виникнення у нашій країні гібридних відносин з сусідньою державою призвело до створення Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України, яке є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику з питань Автономної Республіки Крим і міста Севастополя та окремих територій Донецької та Луганської областей, де органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження.

Ураховуючи складну ситуацію на зазначених територіях, на новостворене міністерство покладено завдання з реалізації державної регіональної політики, зокрема – здійснення стратегічного планування щодо економічного відновлення й розбудови миру на територіях, які зазнали негативного впливу внаслідок збройного конфлікту та/або тимчасової окупації; здійснення як державний замовник загального керівництва і контролю за розробленням державних цільових програм та виконанням визначених в них заходів і завдань; здійснення заходів і завдання, спрямованих на виконання державних і регіональних програм соціально-економічного та культурного розвитку тощо [2].

З наведеного вбачається, що державна регіональна політика має виконувати покладені на неї завдання не лише в умовах спокою та стабільності в країні, а й в умовах, коли лише миттєва реакція держави на нові обставини може забезпечити вихід із непростой ситуації з мінімальними втратами. Тому ефективна реалізація державної регіональної політики навіть у такі складні та непрості часи потребує розроблення механізму, який дозволить не лише якнайшвидше

повернути території, на яких органи державної влади тимчасово не виконують свої повноваження, і їх населення до єдиного конституційного простору України, а й відновити господарську діяльність регіону, тим самим забезпечивши його економічний потенціал.

Під державною регіональною політикою ми розуміємо складову політики держави, спрямовану на організацію її території в економічному, соціальному, гуманітарному, екологічному, політичному аспекті. Серед усіх видів та напрямків політик, які забезпечують досягнення поставлених перед державною регіональною політикою завдань, ключова роль належить саме економічній політиці держави, яку реалізують усі державні органи на усіх рівнях.

Якщо на національному рівні за формування теоретичного і законодавчого підґрунтя впровадження державної регіональної політики відповідає Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, то на регіональному саме місцеві органи державної влади та місцевого самоврядування вирішують економічні, соціальні, політичні проблеми шляхом практичної реалізації напрямків такої політики. Адже кожен регіон має свої соціально-економічні, природно-кліматичні, ресурсні, демографічні та інші особливості, а тому кожен з них потребує власних засобів вирішення поточних і перспективних проблем, які мають змогу реалізовувати лише відповідні органи державної влади на місцях.

Напрямки і форми участі цих органів у сфері господарювання набули закріплення у II розділі Господарського кодексу України. Так, ст. 8 визначила, що органи державної влади та місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання, проте вони мають господарську компетенцію, для реалізації якої наділені організаційно-господарськими повноваженнями – сукупністю прав і обов'язків, якими вони делегуються, з управління господарською діяльністю та/або її регулювання, складовою якої є контроль [3, с. 195].

Завдяки наявності таких організаційно-господарських повноважень, з метою реалізації економічної політики держави, виконання цільових економічних програм, програм соціального розвитку органи державної влади та місцевого самоврядування мають можливість застосовувати різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності.

Слід зазначити, що методологічну основу для законотворчого моделювання конфігурації правового становища та порядку діяльності будь-яких органів державної влади і місцевого самоврядування складають, у першу чергу, положення Конституції України. Так, у ст. 19 Конституції України закріплено своєрідну тріаду у вигляді «на підставі», «у межах повноважень», «у спосіб», яку необхідно застосовувати у системній єдності, що дозволить підвищити ефективність законодавчого регулювання саме в контексті створення більш високих стандартів законності в діяльності всіх органів, які здійснюють реалізацію державної регіональної політики.

Варто підкреслити, що між цими трьома ключовими елементами існує широке коло системоутворюючих внутрішніх зв'язків, що і забезпечують ефек-

тивність названої конструкції. Так, логічно взаємообумовлений зв'язок має обов'язково бути встановлено між функціями, завданнями та повноваженнями, а також, наприклад, між юридичними фактами-підставами, повноваженнями та способами їх застосування [4, с. 96].

Якщо ст. 19 Конституції закріпила загальні положення поняття компетенції для всіх органів влади, то необхідно зазначити про існування базової господарської компетенції у сфері державної регіональної політики держави. Остання є законодавчою реалізацією з урахуванням її розподілу між органами державної влади і місцевого самоврядування по вертикалі та за спеціалізацією і механізмом її реалізації.

Наявність серед багатьох інших видів державної політики саме державної регіональної політики, органів, які її реалізують завдяки наявній у них компетенції, а також набору засобів її реалізації, передбачає їх системне функціонування та взаємодію одне з одним. Застосування зазначеної методології визначення компетенції органів державної влади створює окремий напрямок наукового дослідження господарської компетенції цих міністерств як суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

Під засобами державного регулювання господарської діяльності розуміється сукупність способів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання. Законодавцем у ст. 12 Господарського кодексу України визначені основні засоби державного регулювання господарської діяльності: державне замовлення; ліцензування, патентування і квотування; технічне регулювання; застосування нормативів та лімітів; регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Ураховуючи той факт, що далеко не всі засоби державного регулювання за своєю природою належать до державної регіональної політики, виникає необхідність у чіткому відмежуванні тих засобів, які сприяють реалізації такої політики від їх загального переліку, визначеного Господарським кодексом України. На думку Щербини В. С., з урахуванням характеру засобів їх можна поділити на три групи: економіко-правові засоби, організаційно-правові засоби та юридичні (правові) засоби [5, с. 38]. Серед усіх названих груп саме завдяки економіко-правовим засобам здійснюється найбільший вплив на розвиток державної регіональної політики, якими є: державне замовлення; державні закупівлі, регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій. Таким чином, лише названі засоби державного регулювання мають безпосереднє відношення до регулювання та впливу на державну регіональну політику.

Слід зазначити, що у ст. 12 Господарського кодексу України наведений перелік саме основних засобів державного регулювання господарської діяльності, що свідчить про можливість його розширення шляхом закріплення в нормативно-правових актах інших засобів державного регулювання. Такими додатковими засобами можуть стати окремі бюджетні програми розвитку регіону;

сприяння залученню зовнішніх і внутрішніх інвестицій; кредитно-гарантійні механізми підтримки суб'єктів підприємництва; реалізація державних і регіональних програм з розвитку промисловості, транспорту, освіти; стимулювання інноваційного розвитку підприємництва; державна підтримка транскордонного співробітництва тощо.

Оскільки реалізація державної регіональної політики визначається системою заходів правового, економічного, фінансового, інформаційного та іншого характеру, вони реалізуються у сферах фінансово-економічного забезпечення, підвищення конкурентоспроможності територій та сприяння інноваційному розвитку, інституційного забезпечення, інтеграції регіонів і державно-приватного партнерства.

Стаття 12 Господарського кодексу України закріпила не лише основні засоби державного регулювання господарської діяльності, а й те, що останній є основним нормативно-правовим актом з питань державного регулювання господарської діяльності. Таким чином, не виключається можливість застосування поряд із основним законодавством, що регулює господарську діяльність, спеціального, до якого законодавець відносить інші законодавчі акти, а також програми економічного і соціального розвитку [6, с. 31].

Одним із таких нормативно-правових актів, який визначив ще один засіб впливу на господарську діяльність, є Закон України «Про державно-приватне партнерство». Мета державно-приватного партнерства полягає у задоволенні суспільних потреб завдяки поєднанню у ньому спільної діяльності державних органів влади і приватного сектора. На відміну від інших традиційних відносин у сфері господарювання, воно має свої власні базові моделі фінансування і методи управління.

Державно-приватне партнерство повністю відрізняється від засобів, визначених Господарським кодексом, оскільки останні реалізуються в односторонньому порядку виключно державою, яка є монополістом, адже жоден інший суб'єкт господарської діяльності не в змозі здійснити державне замовлення, надати інвестиційні, податкові пільги тощо. Тоді як державно-приватне партнерство можливе лише у співпраці держави з її приватними партнерами, а тому можна зробити висновок про те, що, по-перше, виникають інші суб'єкти визначення й реалізації засобів регулювання господарської діяльності, по-друге – сфера, яку вони регулюють, охоплює абсолютно інше коло господарських правовідносин, ніж визначені у II розділі Господарського кодексу України.

Державно-приватне партнерство як засіб регулювання господарської діяльності є більш ефективним у тому разі, коли приватний сектор здійснює проектне фінансування, створює і модернізує інфраструктурні об'єкти, що традиційно керувалися і знаходилися у власності держави [7, с. 156]. Це пов'язано з тим, що у держави не завжди є достатня кількість фінансово-матеріального забезпечення, інноваційних та сучасних ресурсів, а інколи й просто можливостей для того, аби покращувати умови здійснення господарської діяльності. Однак в епоху технологічного розквіту такі можливості здебільшого має приватний

сектор, який у Законі України «Про державно-приватне партнерство» визначений як приватні партнери.

У зв'язку з тим, що державно-приватне партнерство є засобом регулювання господарської діяльності, який у своєму механізмі реалізації може використовувати державна регіональна політика, виникає потреба у доповненні ст. 4 Закону України «Про засади державної регіональної політики» суб'єктивним складом. Стаття 1 Закону України «Про державно-приватне партнерство» визначила, що сторонами у такому співробітництві є державні партнери та приватні партнери, якими є юридичні особи, крім державних та комунальних підприємств або фізичні особи. Незважаючи на те, що такі приватні партнери також беруть участь у господарській діяльності, їх не віднесено до суб'єктів реалізації державної регіональної політики. Проте варто підкреслити, що державно-приватне партнерство це не лише засіб реалізації державної регіональної політики, а й комплексний механізм.

Не втрачає своєї актуальності і питання про повернення до реального застосування спеціальних режимів господарювання в межах спеціальних економічних зон, територій з пріоритетним розвитком та в умовах надзвичайного стану, екологічної ситуації або в умовах воєнного стану [8, с. 74].

Оскільки такі спеціальні режими господарської діяльності запроваджуються в чітко визначених територіальних межах і знаходяться на території певного регіону, виникає необхідність у їх врахуванні під час розроблення напрямів реалізації державної регіональної політики на таких територіях. Наявність у регіоні таких спеціальних об'єктів, які потребують наявності відмінного від інших механізмів функціонування, спричиняє необхідність розроблення у державній регіональній політиці і особливих господарсько-правових засобів. Регіон, будучи об'єктом державної регіональної політики, отримує комплексне регулювання абсолютно усіх наявних у ньому відносин, а тому відсутність у такій політиці урегульованого питання спеціальних режимів є свідченням її неповноти і може призвести до недосягнення поставлених перед нею завдань у конкретно взятому регіоні.

Крайнім проявом державної регіональної політики є введення надзвичайного або воєнного стану в Україні або на окремі її місцевості. Оголошення таких станів є небезпечним не лише для життя і здоров'я громадян, територіальної цілісності країни, а і для господарської діяльності, від якої залежить економічна ситуація в країні. У Господарському кодексі України передбачено порядок здійснення господарської діяльності у таких ситуаціях, однак він носить загальний і декларативний характер через наявність бланкетних норм, які містять у собі лише обмеження та заборони, а не перелік конкретних заходів, які необхідно запроваджувати.

Уведення таких станів особливо потребує наявності чіткого, у тому числі господарсько-правового, інструментарію, який має застосовуватися до суб'єктів господарських відносин у разі виникнення подібних ситуацій. Брак розробленого переліку засобів, які необхідно використовувати у разі загострення такої

ситуації, може спричинити значні втрати внаслідок неефективного функціонування підприємств або й взагалі їх зупиненням.

Такий інструментарій необхідно систематизувати в межах відповідного законодавства, в тому числі у Законі України «Про засади державної регіональної політики», в якому має бути визначено суб'єктний склад у вивченні та запровадженні названих та інших засобів реалізації державної регіональної політики. Кожен з них, незважаючи на ступінь їх господарсько-правової врегульованості, необхідно адаптувати в контексті регулювання відносин, пов'язаних з реалізацією саме державної регіональної політики.

Висновки. 1. Суб'єктами реалізації державної регіональної політики є органи державної влади та місцевого самоврядування. Їхня особливість полягає у тому, що вони, не будучи суб'єктами господарської діяльності, наділені організаційно-господарськими повноваженнями, за допомогою яких і виконують завдання, поставлені державною регіональною політикою.

2. Нині у системі органів виконавчої влади, які опікуються державною регіональною політикою, існує два органи – Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, яке є загальним органом, та Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України, яке виступає спеціалізованим органом. Аналіз їхніх компетенційних навантажень дозволяє кваліфікувати їх як суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

3. Перелік засобів державного впливу на господарську діяльність, що їх використовують такі суб'єкти для реалізації державної регіональної політики, визначені ст. 12 Господарського кодексу України. Однак існують і спеціальні засоби, такі як державно-приватне партнерство тощо.

4. Державно-приватне партнерство і спеціальні режими господарювання є основними інструментальними ресурсами реалізації державної регіональної політики. Тож варто більш детально вивчити ефективність їх впливу на господарську діяльність.

Список літератури:

1. Положення про Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 30.04.2014 р. № 197. Дата оновлення: 05.05.2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/197-2014-п> (дата звернення: 11.05.2017).

2. Положення про Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України: Постанова Кабінету Міністрів України від 08.06.2016 р. № 376. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/376-2016-п> (дата звернення: 11.05.2017).

3. Задихайло Д. В., Пашков В. М., Бойчук Р. П. Господарське право: підручник / за заг. ред. Д. В. Задихайла, В. М. Пашкова. Харків: Право, 2012. 696 с.

4. Задихайло Д. Д. Кабінет Міністрів України як суб'єкт економічної системи: конституційно-правові засади: монографія. Харків: Юрайт, 2013. 192 с.

5. Щербина В. С. Господарське право: підручник. 6-те вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 640 с.

6. Тупчієнко Д. Л., Мостовенко С. В., Деледівка С. Г. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України. Київ: Центр учбової літератури, 2015. 688 с.

7. Вінник О. М. Проблеми використання корпоративної форми державно-приватного партнерства. *Юридична наука, практика і освіта: зб. наук. праць*. Луганськ: Вид-во СНУ, 2010. 256 с.
8. Задохайло Д. Д. Уряд України та регіональна політика держави (конституційно-правові аспекти). *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 2009. № 4 (59). С. 71–79.

References:

1. Polozhennya pro Ministerstvo rehionalnoho rozvytku, budivnytstva ta zhytlovo-komunalnoho hospodarstva Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 30.04.2014 r. № 197. Data onovlennya: 05.05.2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/197-2014-p>.
2. Polozhennya pro Ministerstvo z pytan tymchasovo okupovanykh terytoriy ta vnutrishno peremishchenykh osib Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 08.06.2016 r. № 376. (2016). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/376-2016-p>.
3. Zadykhaiko, D.V., Pashkov, V.M., Boychuk, R.P. (2012). *Hospodarske pravo: pidruchnyk*. D. V. Zadykhaiko, V. M. Pashkova (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
4. Zadykhaiko, D.D. (2013). *Kabinet Ministriv Ukrainy yak sub'ekt ekonomichnoyi systemy: konstytutsiyno-pravovi zasady*. Kharkiv: Yurayt [in Ukrainian].
5. Shcherbina, V.S. (2013). *Hospodarske pravo: pidruchnyk*. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
6. Tupchiyenko, D.L., Mostovenko, S.V., Deledyuka, S.H. (2015). *Naukovo-praktychny komentar Hospodarskoho kodeksu Ukrainy*. Kyiv: Tsentri uchbovoyi literatury [in Ukrainian].
7. Vinnyk, O.M. (2010). *Problemy vykorystannya korporatyvnoyi formy derzhavno-pryvatnoho partnerstva. Yurydychna nauka, praktyka i osvita: zbirnyk naukovykh prats*. Luhansk: Vyd-vo SNU [in Ukrainian].
8. Zadykhaiko, D.D. (2009). *Uryad Ukrainy ta rehionalna polityka derzhavy (konstytutsiyno-pravovi aspekty)*. *Visnyk akademiyi pravovykh nauk Ukrainy*. Kharkiv, 4 (59), 71–79 [in Ukrainian].

Tertyshna L. S., Researcher of the Economic Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: liliter3006@ukr.net ; ORCID 0000-0002-0226-4275

The economic and legal mechanism of realization of the state regional policy

The article is devoted to the analysis of legal subjects of the state regional policy, which in the mechanism of its implementation exercises organizational and economic powers. It is defined, that state and local authorities, that enforce basic and special regulation methods in accordance with the state regional policy, are vested with that sort of powers. The list of the state remedies to influence on economic activity, that subjects of organizational and economic powers use in order to implement the state regional policy, is defined in Article 12 of the Commercial Code of Ukraine. However, there are special remedies such as public-private partnership and special modes of management that should be defined as the basic resources of implementing of the state regional policy. The existence of such remedies requires a more detailed research of the effectiveness of their impact on economic activity and the possible necessity to supplement the subject composition of the state regional policy and expansion of organizational and economic powers of that sort of subjects.

Keywords: state regional policy, subjects of organizational and economic powers, economic and legal remedies, public-private partnership, state program of regional development.

Надійшла до редколегії 15.05.2017 р.



Вакім Вадад Еліасівна,
аспірант кафедри господарського права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: misswakim06@gmail.com
ORCID 0000-0003-4702-5283

doi: 10.21564/2414–990x.137.102006
УДК 346.5:005.591.6

МЕТОДОЛОГІЯ ФОРМУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО РЕЖИМУ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Розглянуто поняття, функціональні види та основні ознаки спеціальних режимів господарювання. Проаналізовано цілі та особливості впровадження спеціальних правових режимів господарювання у різних сферах економіки на прикладі суднобудування та обігу лікарських засобів. Проведено аналіз національного законодавства України щодо моделей спеціальних режимів інноваційної діяльності. Запропоновано елементи національної інноваційної системи, які потенційно могли б стати об'єктами спеціального режиму інноваційної діяльності.

Ключові слова: інноваційна діяльність; спеціальний режим; технопарк; види спеціальних режимів; спеціальна економічна зона; технополіс.

Ваким В. Э., аспирант кафедры хозяйственного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: misswakim06@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4702-5283

Методология формирования специального режима инновационной деятельности: постановка проблемы

Рассмотрены понятия, функциональные виды и основные признаки специальных режимов хозяйствования. Проанализированы цели и особенности внедрения специальных режимов хозяйствования в различных сферах экономики на примере судостроения и оборота лекарственных препаратов. Анализируется национальное законодательство Украины касательно моделей специальных режимов инновационной деятельности. Предложены элементы национальной инновационной системы, которые потенциально могли бы стать объектами специального режима инновационной деятельности.

Ключевые слова: инновационная деятельность; специальный режим; технопарк; виды специальных режимов; особая экономическая зона; технополис.

Вступ. Протягом останнього століття людство зробило великий крок уперед у розвитку технологій в усіх сферах життя: енергозабезпечення, озброєння,

медицина, транспорт, побут, розваги тощо. Ці позитивні зміни були б неможливі без створення та впровадження інновацій у виробництво.

У сучасних економіках інноваційні процеси функціонують у межах так званих національних інноваційних систем, які являють собою комплекс організаційно, економічно та юридично взаємодіючих суб'єктів наукової, науково-технічної, інноваційної діяльності, інші підприємства, установи, організації, які здійснюють, забезпечують та/або сприяють проведенню наукових досліджень, розробленню, комерціалізації та практичному застосуванню (в реальному секторі економіки) результатів інтелектуальної діяльності та інноваційних об'єктів у межах національних кордонів.

Однак інноваційна діяльність і, зокрема, діяльність з впровадження інноваційної продукції характеризуються надзвичайною комерційною ризикованістю. Ці ризики не завжди можуть бути нейтралізовані за рахунок існуючих приватноправових інститутів, зокрема страхування. Тому необхідною умовою для розвитку інновацій є впровадження таких правових режимів, що виконували б роль своєрідних компенсаторів можливих втрат, забезпечували державну підтримку наукових досліджень та їх подальшого перетворення на прибуткові проекти або конкурентоспроможні продукти.

Для комерціалізації ризикового середовища здійснення інноваційної діяльності спеціальні режими мають охоплювати або усі ланки національної інноваційної системи, або окремі, найбільш визначальні для збереження кінцевого результату – технологічного переозброєння національної виробничої бази.

Аналіз літературних даних. Проблемам інноваційної діяльності присвячені дослідження учених-юристів та економістів: Д. В. Задихайла (D.V. Zadykhalo), Ю. Є. Атаманової (Yu.Ye. Atamanova), О. М. Давидюка (O. M. Davydiuk), Ю. М. Жорнокуя (Yu.M. Zhornokuy), Д. Александрова (D. Aleksandrov), А. І. Денисова (A. I. Denysov), Ю. Бажала (Yu. Bazhal), П. Беленького (P. Belenkyi), В. Беренса (V. Berens), Г. Бірмана (H. Birman), В. Власової (V. Vlasova), проте деякі питання все ще потребують висвітлення. Різні аспекти формування та функціонування спеціальних режимів розглянуто в роботах Л. Таран (L. Taran), О. Зельдіної (O. Zeldina), О. Буткевича (O. Butkevych), О. Олійника (O. Oliinyk), Ю. Бронової (Yu. Bronova) та інших.

Мета і завдання дослідження – проаналізувати цілі та особливості впровадження спеціальних правових режимів господарювання у різних сферах економіки (на прикладі суднобудування та обігу лікарських засобів); вивчити законодавство України щодо моделей стимулювання інновацій.

Виклад основного матеріалу. Законодавство України не містить визначення поняття спеціального правового режиму. Проте науковцями зроблено чимало спроб його сформулювати. Так, Л. В. Таран (L. V. Taran) визнає, що поняття «спеціальний правовий режим» є комплексним. Комплексність цього поняття визначається розповсюдженням на його одержувачів цілої низки пільг водночас, що включають податкові, митні, валютно-фінансові, трудові та інші види пріоритетів, надання яких спрямоване на досягнення будь-якої мети. Цим відрізняється розглядуваний режим від надання державою окремих пільг по оподаткуванню або митних операціях. Спеціальний преференційний режим

може надаватися як адресно, тобто інвесторам у конкретній галузі або підгалузі пріоритетного розвитку, за договорами про вільну торгівлю деякими видами товарів, так і на певній території [1].

Юридична конструкція спеціального режиму господарювання відрізняється множинністю ланок, специфікою взаємодії та взаємопов'язаності норм, які регулюють організаційно-господарські та виробничо-господарські відносини, різноманітністю горизонтальних та вертикальних зв'язків [2].

Під спеціальним правовим режимом Л. В. Таран розуміє особливий порядок правового регулювання певних суспільних відносин, який встановлюється щодо конкретного кола об'єктів або *сфері їхньої діяльності* і який відрізняється від загального режиму або пільговою, або обмежувальною направленістю регулювання, обумовленою публічним інтересом, що проявляється в усіх елементах його механізму, а саме, через гарантії, пільги, форми державної підтримки, обмеження, заборони та додаткові підстави юридичної відповідальності [3, с. 86].

О. Р. Зельдіна (O. R. Zeldina) вважає, що спеціальний режим господарювання – це правовий режим, що визначає порядок організації та здійснення господарської діяльності на певній території, *у певній галузі економіки*, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, і вводиться державою з певними цілями для забезпечення публічних і приватних інтересів за допомогою встановлення обмежень та/чи заохочень для суб'єктів господарювання, а також збирає воедино норми права про специфіку організації та здійснення господарської діяльності і є інститутом господарського права [4].

Слід звернути увагу на те, що обидва визначення передбачають, що спеціальний режим господарювання може бути впроваджений для здійснення певного особливого виду діяльності, і не пов'язують поняття спеціального режиму з можливістю його розповсюдження виключно за територіальною ознакою. Проте не всі науковці поділяють цю думку. Так, О. П. Подцерковний (O. P. Podtserkovnyi) зауважує, що у власному розумінні цього слова спеціальний режим господарювання слід пов'язати лише з територіальною ознакою, розповсюджуючи на нього положення про вільні економічні зони, зони пріоритетного розвитку, виключні морські економічні зони, охоронні зони, зони стихійного лиха та прикордонні території, надзвичайної екологічної ситуації тощо. Науковець стверджує, що якщо розглядати спеціальний правовий режим господарювання за організаційно-суб'єктною ознакою, тобто для окремих суб'єктів господарювання залежно від виду їхньої діяльності, то поняття спеціального режиму втратить свою визначеність, оскільки доведеться створити спеціальний режим для усіх галузей господарства [2, с. 591].

Однак чи правильно було б підтримати цю позицією, адже законодавство України передбачає спеціальні режими господарювання в окремих галузях народного господарства? Так, частина 1 ст. 414 Кодексу вказує, що законом України за поданням Кабінету Міністрів України може запроваджуватися спеціальний режим господарювання в окремих галузях народного господарства як з метою стабілізації галузі, так і з метою прискореного розвитку. Як правило, такий режим господарювання має пільгову спрямованість і вводиться для підтримки окремої галузі [5].

Наприклад, Закон України від 19.09.97 р. «Про стимулювання виробництва автомобілів в Україні» з метою створення умов для залучення інвестицій (у тому числі іноземних) у вітчизняне автомобілебудування запроваджує спеціальний режим господарювання. Зазначений режим запроваджувався строком до 1 січня 2008 р. і мав пільгову спрямованість для підприємств з виробництва автомобілів і запасних частин до них. Законом України від 18.11.1999 р. «Про заходи щодо державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні» з метою ефективного використання виробничого, науково-технічного та експортного потенціалу і підвищення конкурентоспроможності вітчизняного суднобудування, в тому числі малотоннажного, створення сприятливих умов для залучення інвестицій, зокрема іноземних, зниження витрат на будівництво суден і поповнення обігових коштів суднобудівних підприємств на період з 01.01.2000 р. до 01.01.2012 р. запроваджується спеціальний режим господарювання в суднобудівній промисловості [6].

Таким чином, можна зробити висновок, що не всі галузі господарства потребують впровадження спеціального режиму господарювання, оскільки такий режим здійснюється за певних умов та задля досягнення певної мети, такої як залучення інвестицій та активізація підприємницької діяльності, розподіл ризиків, або прискорення розвитку окремої галузі.

У Господарському кодексі України спеціальним режимам господарювання присвячено окремий розділ. Законодавець відносить до них режими, що діють у спеціальних (вільних) економічних зонах, концесії та інші спеціальні режими [5]. Виходячи із закріплених у ГК норм, можна умовно поділити спеціальні режими на ті, що пов'язані з певною територією, галуззю або станом (надзвичайний, воєнний стан), та концесії, питання щодо спеціального режиму яких є спірним.

Спеціальні режими також можна диференціювати залежно від чинників, що їх спричинили. Так, існують спеціальні правові режими, що створені на реалізацію окремих напрямів політики держави. Причиною їхнього впровадження є досягнення певної економічної, екологічної, оборонної або іншої мети. Прикладом можуть слугувати спеціальні (вільні) економічні зони, території пріоритетного розвитку, спеціальні режими окремих галузей народного господарства, тощо. Зазвичай такі спеціальні режими охоплюють собою систему заходів організаційно-господарського та адміністративного впливу на відносини та покликані стимулювати, прискорювати розвиток певної території або галузі господарювання.

Так, затверджена КМУ Державна програма активізації розвитку економіки на 2013–2014 роки має на меті забезпечити прискорення розвитку пріоритетних галузей національної економіки [7].

У 2012 р. прийнято Закон України «Про проведення економічного експерименту щодо державної підтримки суднобудівної промисловості», яким суднобудування визначено пріоритетною галуззю економіки. Цим Законом запропоновано у встановлені строки провести економічний експеримент з метою створення підприємствам суднобудівної промисловості умов, необхідних для збільшення обсягу виробництва продукції та надходжень до державного бюджету, за рахунок підвищення ефективності й конкурентоспроможності продукції суднобудування. Тобто мова йде про неназваний спеціальний правовий

режим, що поширюється на підприємства суднобудівної галузі, який включає в себе і надання державних гарантій, і звільнення у встановлених законом випадках від сплати податку на додану вартість і митних платежів, надання інших податкових пільг та видів державної підтримки тощо [8].

Однак Закон став об'єктом суворої критики О. Подцерковного, який вважає, що надання таких преференцій підприємствам суднобудівної галузі перетворить їх на аутсайдерів бізнесу, спотворить економічну конкуренцію і створить несприятливі умови для національних виробників сировини й обладнання. Науковець висловлює думку, що на протигагу прямій допомозі у вигляді господарсько-правових засобів регулювання економічних відносин, втручання держави має бути обмежене створенням умов для підвищення бізнес-активності вітчизняних підприємств та заохочення їх до капіталовкладень у складні й наукоємні напрями діяльності [9].

Проте робити висновки про ефективність економічного експерименту у суднобудівній галузі наразі зарано, оскільки він триватиме до 1 січня 2023 р.

Існує й інша група спеціальних режимів, упровадження яких обумовлено об'єктивними особливостями відносин, що складаються. Наприклад, на специфічній території, такій як виключна (морська) економічна зона або державний кордон, виникають нетипові для інших місцевостей відносини, які потребують окремого регулювання. Ця група спеціальних режимів так само не обмежується особливими зонами та територіями, адже існують специфічні відносини, що виникають на всій території країни незалежно від місцевості. Специфіка таких відносин може бути обумовлена їх нетиповим об'єктом чи предметом або виключними суб'єктами, між якими виникають зв'язки.

Так, Т. Ю. Іванічук (Т. Yu. Ivaniichuk) говорить про правовий режим обігу лікарських засобів. Він погоджується з позицією В. Пашкова, який довів, що лікарські засоби як особливий об'єкт майнових прав залежно від загальних правових ознак та внутрішньої класифікації знаходяться в певному правовому режимі. Загальний правовий режим обігу лікарських засобів складається з окремих регуляторів. Тобто, це встановлений в стандартах, нормах і правилах порядок їх виробництва, виготовлення, зберігання, транспортування, пересилання, оптової та роздрібною реалізації, придбання і використання. Обіг лікарських засобів є комплексним правовідношенням, що охоплює на різних стадіях відмінні за характером відносини між різними суб'єктами [10].

Отже, можна виділити загальний правовий режим лікарських засобів як товару, та спеціальний правовий режим у сфері обігу лікарських засобів, які мають особливості, пов'язані з об'єктом регулювання, способом реалізації у визначеній правовій сфері тощо. За загальними ознаками лікарські засоби мають певні юридичні особливості: виробництво або виготовлення в умовах аптеки, зберігання, транспортування, оптова реалізація здійснюються лише при наявності ліцензії, відпускаються населенню лише через аптечну мережу тощо.

Ці особливості знайшли своє відображення і в нормативно-правових актах. Так, відповідно до розділу 3 Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової, роздрібною торгівлі лікарськими засобами визначено спеціальні вимоги до персоналу, що займається

виробництвом лікарських засобів (в умовах аптеки), оптовою та роздрібною торгівлею лікарськими засобами, а розділ 5 визначає особливості провадження діяльності аптечних кіосків [10].

Так само, як і обіг лікарських засобів, інноваційний процес є складним, багатостадійним явищем, протягом якого складаються правовідносини різноманітного характеру, об'єктом яких виступає певний інноваційний продукт. А діяльність з його створення та комерціалізації характеризується підвищеною ризикованістю. Отже, для впровадження ефективного стимулювання інноваційної діяльності спеціального режиму необхідно враховувати усі об'єктивні особливості цієї галузі.

Наразі спеціальні режими інноваційної діяльності існують тільки у виді спеціальних економічних зон. Спеціальні (вільні) економічні зони можна описати як окремі ділянки території України з чітко обумовленими кордонами, створені з метою залучення внутрішніх та зовнішніх інвестицій, розбудови інфраструктури, створення робочих місць, збільшення експорту товарів тощо. Задля реалізації поставлених цілей на цих територіях вводиться спеціальний режим господарювання, який передбачає податкові, митні, валютно-фінансові пільги та інші преференції для суб'єктів господарювання.

Статтею 3 Закону України «Про загальні засади створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» до них віднесено такі функціональні типи територій: вільні митні зони і порти, експортні, транзитні зони, митні склади, технологічні парки, технополіси, комплексні виробничі зони, туристсько-рекреаційні, страхові, банківські тощо [11].

Прийнята у 1994 р. Концепція створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні (нечинна), вперше визначила види ВЕЗ та їх характеристику [12]. Зокрема, виділено науково-технічні зони – ВЕЗ, спеціальний правовий режим яких орієнтований на розвиток наукового і виробничого потенціалу, досягнення нової якості економіки через стимулювання фундаментальних і прикладних досліджень, з подальшим впровадженням результатів наукових розробок у виробництво. Вони можуть існувати у формі регіональних інноваційних центрів-технополісів, районів інтенсивного наукового розвитку, високотехнологічних промислових комплексів, науково-виробничих парків (технологічних, дослідницьких, промислових, агропарків), а також локальних інноваційних центрів та опорних інноваційних пунктів.

Спеціальні (вільні) економічні зони створюються окремим законом для кожної конкретної зони, або групи зон та функціонують протягом визначеного строку [13]. Так, Законом України «Про спеціальний правовий режим діяльності технологічних парків в Україні» на території нашої держави створено 16 технопарків, на території яких протягом 15 років з моменту їх утворення діє спеціальний режим інноваційної діяльності, який передбачає надання державної підтримки щодо стимулювання діяльності технологічних парків, їх учасників та спільних підприємств при реалізації проектів за пріоритетними напрямками діяльності технологічних парків. Попри це, далеко не всі створені технопарки змогли організувати свою діяльність за минулий період.

Ще одним типом СЕЗ, покликаним стимулювати розвиток інновацій, є технополіс. Технополіс – це спеціальна економічна зона, у межах території якої

впроваджено спеціальний режим інноваційно-інвестиційної діяльності з метою активізації наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, інтенсифікації процесів передачі їх результатів у реальний сектор економіки і виробництва на їх основі високотехнологічної продукції, підвищення рівня конкурентоспроможності вітчизняних товарів (робіт, послуг) на внутрішньому та зовнішньому ринках для виконання обраної за стратегічну інноваційно-інвестиційної моделі розвитку економіки України, розбудови наукової, інноваційної та соціальної інфраструктури, а також стимулювання соціально-економічного розвитку регіону завдяки реалізації його наукового і промислового потенціалу.

Спеціальний режим господарювання технополісу застосовується щодо реалізації інноваційного та інвестиційного проекту, який відповідає одному з пріоритетних видів господарської діяльності, отримав позитивний висновок експертної установи, а з суб'єктом господарювання – виконавцем проекту укладено договір про його реалізацію. Такий спеціальний режим включає пільговий режим оподаткування; спрощений порядок бухгалтерського обліку; митні пільги щодо товарів, необхідних для реалізації проекту; пільговий режим соціального забезпечення фізичних осіб, залучених до реалізації проекту; спрощений порядок залучення іноземних громадян для реалізації проектів; пріоритетне право отримання у користування земельних ділянок для їх забудови з метою реалізації проектів. До того ж, зазначений проект може передбачати можливість та алгоритм реалізації наукових інноваційних проектів вищими навчальними закладами, що знаходяться на території технополісу, а також відповідальність за порушення умов спеціального режиму та договору про реалізацію інноваційного або інвестиційного проекту. Загальний порядок створення і функціонування технополісів запропоновано проектом Інноваційного кодексу України [14].

Крім того, проект Інноваційного кодексу передбачає також створення спеціального режиму інноваційної діяльності не тільки за територіальною ознакою, як технополіс, а саме за критерієм специфіки діяльності та її пріоритету для економіки України. Так, під спеціальним режимом інноваційної діяльності розуміється вид правового регулювання інноваційної діяльності, що передбачає особливий порядок реалізації інноваційних проектів суб'єктами інноваційної діяльності, який запроваджується для досягнення визначених державою цілей, таких як підвищення ефективності науково-технічної та інноваційної політики, забезпечення впровадження сучасних екологічно чистих, безпечних, енерго- та ресурсозберігаючих технологій, впровадження вітчизняних науково-технічних розробок та забезпечення випуску високотехнологічної інноваційної продукції, виробництва та реалізації нових видів конкурентоздатної продукції тощо.

Висновки. Зміст правового режиму визначається чинниками, що спричиняють його впровадження. По-перше, це може бути як економічна мета, досягнення якої потребує окремого порядку застосування та дії законодавства, так і специфіка певного виду діяльності, території чи стану, за якої здійснення господарської діяльності на загальних засадах неможливе або неефективне. По-друге, що стосується саме інноваційної діяльності, то це специфічна господарська діяльність, яка характеризується надзвичайно високим рівнем комерційної ризикованості, тому запровадження для її стимулювання спеціального

режиму має на меті перш за все мінімізувати ризики, зацікавити потенційних інвесторів і забезпечити належне фінансування.

Одну з моделей спеціального режиму інноваційної діяльності закріплено в Законі України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технопарків». Цей Закон регулює переважно діяльність щодо створення інновацій, що здійснюється науково-дослідними інститутами, які є лише окремим елементом національної інноваційної системи. Проте проблема підвищення ефективності діяльності технопарків актуалізує питання удосконалення змісту спеціального режиму їх діяльності.

До того ж, технопарк – не єдина форма впровадження спеціального режиму. Спеціальний правовий режим інноваційної діяльності – багатоваріативне поняття, яке має охоплювати всі етапи інноваційного процесу, від виникнення ідеї й розробки інноваційного продукту до його реалізації або експорту інноваційної продукції, і стимулювати діяльність усіх суб'єктів національної інноваційної системи, включаючи як інноваційні підприємства, науково-дослідні інститути та вищі навчальні заклади, так і інвесторів, венчурні фонди та інших зацікавлених осіб.

Але об'єктом спеціального режиму господарювання може стати інноваційний розвиток окремих галузей та видів виробництва, зокрема, щодо запровадження до їх виробничої бази нових технологій. Таким об'єктом може і має бути обіг цілої низки технологій, що віднесені до новітніх технологічних укладів, зокрема – біотехнології, інформаційні технології тощо.

Список літератури:

1. Крупа Л. В. Спеціальний правовий режим і проект Цивільного кодексу України. *Вісник Університету внутрішніх справ*. 1999. Вип. 6. С. 264–267. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnvvs_1999_6_71.
2. Подцерковний О. П., Квасніцька О. О., Смітюх А. В. та ін. *Господарське право: підручник / за ред. О.П. Подцерковного*. Харків: Одиссей, 2012. 640 с.
3. Таран Л. В. Спеціальний правовий режим підприємницької діяльності в свободних економічних зонах України (комплексне дослідження): монографія. Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2004. 256 с.
4. Зельдіна О. Спеціальний режим господарювання як інститут господарського права. *Право України*. 2006. №4. С. 57–60.
5. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22.
6. Коментар до Господарського кодексу України. URL: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/hku.html>
7. Державна програма активізації розвитку економіки на 2013–2014 роки: затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 14.08.2013 р. № 572. *Офіційний вісник*. 2013. № 66. С. 12.
8. Про проведення економічного експерименту щодо державної підтримки суднобудівної промисловості: Закон України від 06.09.2012 р. № 5209-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 36. Ст. 469.
9. Подцерковний О. Системне економіко-правове стимулювання розвитку галузей економіки (на прикладі суднобудування). *Юридичний вісник*. 2014. № 1. С. 57–62. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urid_2014_1_12.
10. Іванійчук Т. Ю. Механізм правового регулювання обігу лікарських засобів, як складова його правового режиму. *Форум права*. 2014. № 2. С. 149–153. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2014_2_27.
11. Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон: Закон від 13.10.1992 р. № 2673-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2673-12>.
12. Концепція створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні: затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 14.08.1994 р. № 167. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/167-94-%D0%BE>.

13. Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків: Закон України від 16.07.1999 № 991-XIV. *Офіційний вісник України*. 1999. № 32.
14. Проект Інноваційного кодексу України. Харків: Право, 2012. 168 с.

References:

1. Krupa, L.V. (1999). Spetsialnyi pravvyi rezhym I proekt Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy. *Visnyk universytetu vnutrishnikh sprav*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnvvs_1999_6_71 [in Ukrainian].
2. Podtserkovnyi, O.P., Kvasnitska, O.O., Smitiukh, A.V. et al. (2012). *Hospodarske pravo: pidruchnyk*. O.P. Podtserkovnyi (Ed.). Kharkiv: Odissei [in Ukrainian].
3. Taran, L.V. (2004). Spetsialnyi pravovoy rezhim predprinimatelskoy deyatelnosti v svobodnykh ekonomicheskikh zonah Ukrainy (kompleksnoe issledovanie). Kharkiv: Vidavets SPD FO Vapniarchuk N. M. [in Ukrainian].
4. Zeldina, O. (2006). Spetsialnyi rezhym hospodariuvannia yak instytut hospodarskoho prava. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*. [in Ukrainian].
5. Hospodarskyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 № 436-IV. (2003). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 18, 19–20, 21–22.
6. Komentar do Hospodarskoho kodeksu Ukrainy. URL: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/hku.html> [in Ukrainian].
7. Derzhavna prohrama aktyvizatsii rozvytku ekonomiky na 2013–2014 roky: zatverdzhena Postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 14.08.2013 № 572. (2013). *Ofitsiynyi visnyk*, 66, 12.
8. Pro provedennia ekonomichnoho eksperymentu shchodo derzhavnoi pidtrymky sudnobudivnoi promyslovosti: Zakon Ukrainy vid 06.09.2012 № 5209-VI (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 36, 469.
9. Podtserkovnyi, O. (2014). Systemne ekonomiko-pravove stymuliuvannia rozvytku haluzei ekonomiky (na prykladi sudnobuduvannia) *Yurydychnyi visnyk – Law Gazette*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urid_2014_1_12 [in Ukrainian].
10. Ivaniichuk, T.Iu. (2014). Mekhanizm pravovoho rehuliuвання obihu likarskykh zasobiv, yak skladova yoho pravovoho rezhymu. *Forum prava – Law Forum*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2014_2_27 [in Ukrainian].
11. Pro zahalni zasady stvorennia i funktsionuvannia spetsialnykh (vilnykh) ekonomichnykh zon: Zakon vid 13.10.1992 № 2673-XII. (1992). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2673-12>.
12. Kontsepsiia stvorennia spetsialnykh (vilnykh) ekonomichnykh zon v Ukraini: zatverdzhena Postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 14.08.1994 r. № 167. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/167-94-%D0%BF>.
13. Pro spetsialnyi rezhym innovatsiinoi diialnosti tekhnolohichnykh parkiv: Zakon Ukrainy vid 16.07.1999 № 991-XIV. (1999). *Ofitsiynyi visnyk Ukrainy*, 32, 57.
14. Proekt Inovatsiinoho kodeksu Ukrainy. (2012). Kharkiv: Pravo.

Wakim W.E., Postgraduate Student of the Department of Economic Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: misswakim06@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4702-5283

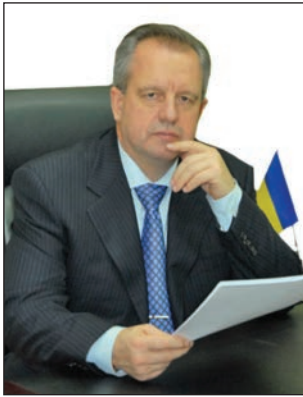
Methodology of formation of special regime of the innovation activities: articulation of issue

The concept, functional types and the basic features of special regimes of management were considered. The Ukrainian legislation contains no definition of a special legal regime. However, the academic lawyers had worked hard to formulate a common definition of this term. The special regime of management for a specific range of objects or the sphere of their activities that determines the organization and implementation of economic activity procedure in a particular area of economic activity within the jurisdiction of certain areas of economic activity, different from the general was established. The objectives and features of introduction of special legal regimes of management in the different sectors of the economy as illustrated by the shipbuilding and the distribution of drugs were analyzed. The analysis of national legislation of Ukraine on the models of specific regimes of innovation activities was carried out. The elements of national innovation system, which could potentially be subject to a special regime of innovation activities were proposed.

Keywords: innovation activities; special regime; technology park; types of special regimes; special economic zone; technopolis.

Надійшла до редколегії 15.05.2017 р.

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО



Гетьман Анатолій Павлович,
доктор юридичних наук, професор,
проректор з наукової роботи,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: prof.getman@gmail.com
ORCID 0000-0002-1987-2760

Зуєв Віталій Анатолійович,
кандидат юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри
цивільного, господарського
та екологічного права,
Університет митної справи
та фінансів, Україна, м. Дніпро
e-mail: vitalii.zuev@gmail.com
ORCID 0000-0003-2438-585X

doi: 10.21564/2414–990x.137.104013
УДК 349.6

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО: РОЗДУМИ ПРО ЙОГО ВИТОКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Екологічному праву останніх років притаманне розширення кола суспільних відносин, що підпадають під дію його правових норм. Поряд із появою традиційних екологічних відносин – ландшафтних, флористичних, екомережєвих, з'являються ядерні та енергетичні, розширюється ресурсна складова, яка не належить до усталених природних ресурсів, наприклад, побутові та радіаційні відходи, природно-кліматичний потенціал тощо.

Разом з тим спостерігається тенденція до штучного виділення з екологічного права з фактичним паралельним функціонуванням окремих його складових. Особливо яскраво це проявляється на прикладі науки земельного права, представники якої вважають, що земельне право трансформувалось та вийшло на галузевий рівень системи права.

Який шлях пройшло екологічне право та яке його майбутнє? Саме цьому питанню присвячена ця публікація.

Ключові слова: екологічне право та законодавство; сталий розвиток; екосистема; земельне право; природоохоронне право; природоресурсне право.

Гетьман А. П., доктор юридических наук, професор, проректор по науковій роботі, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.

e-mail: prof.getman@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1987-2760

Зуєв В. А., кандидат юридических наук, доцент, завідує кафедрою громадянського, господарського і екологічного права, Університет таможенного дела и финансов, Україна, г. Дніпро.

e-mail: vitalii.zuiev@gmail.com ; ORCID 0000-0003-2438-585X

Екологічне право: розмишлення о его истоках и перспективы развития

Екологічне право последних лет характеризуется расширением круга общественных отношений, подпадающих под действие его правовых норм. Наряду с появлением традиционных экологических отношений – ландшафтных, флористических, экосетевых, появляются ядерные и энергетические, расширяется ресурсная составляющая, которая не относится к устойчивым природным ресурсам, например бытовые и радиационные отходы, природно-климатический потенциал и тому подобное.

Вместе с тем наблюдается тенденция к искусственному выделению из экологического права с фактическим параллельным функционированием отдельных его составляющих. Особенно ярко это проявляется на примере науки земельного права, представители которой считают, что земельное право трансформировалось и вышло на отраслевой уровень системы права.

Какой путь прошло экологическое право, и каково его будущее? Именно этот вопрос рассматривается в статье.

Ключевые слова: екологічне право и законодательство; устойчивое развитие; экосистема; земельное право; природоохранный право, природоресурсное право.

Постановка проблеми. Питання трансформації природоресурсного права в ресурсне чи більш логічніше й вірогідніше – екологоресурсне право, а також пов'язані з цим проблеми вже розглядалися нами [9, с. 104–123]. Тож *метою* цієї статті є продовження розпочатої роботи, спроба переосмислити перспективи розвитку екологічного права як єдиної цілісної системи в сучасних правових реаліях України, оцінити потенційні загрози її існуванню та сформулювати рекомендації щодо їх попередження або усунення.

Аналіз наукових досліджень. Питання, окреслені в назві статті, були предметом наукових досліджень, що проводилися у різні періоди становлення й розвитку екологічного права та законодавства. Серед них варто назвати праці таких вчених-правознавців, як: В. І. Андрейцев, Г. В. Анісімова, Г. І. Балюк, Ю. О. Вовк, Б. В. Єрофеев, В. В. Костицький, О. С. Колбасов, Н. Р. Малишева, В. Л. Мунтян, В. В. Носік, А. К. Соколова, Н. І. Титова, Ю. С. Шемчушенко, М. В. Шульга. Але нові умови формування української державності потребують нового підходу до обговорення питань екологічного розвитку суспільства.

Викладення основного матеріалу. Навряд чи можна говорити, що у вітчизняній науці екологічного права склалась криза, але якщо кризу розглядати як вихід, переломний момент – складний, загострений, хиткий стан, різкий перелом або занепад [31, с. 505], то слід зазначити, що окремі ознаки такого стану об'єктивно присутні. Тому першочерговим завданням науки екологічного права є визначення шляхів їх подолання.

Не вдаючись у глибокий історичний екскурс, зауважимо, що виділення природоохоронного права в минулому столітті було об'єктивною необхідністю,

реакцією на перманентне поглиблення екологічних проблем, експансивне збільшення негативного впливу на довкілля, і (в певний період) його формування було досить дискусійним питанням у радянській юридичній науці. Наприклад, професор Ю. О. Вовк вважав загально визнаним, що галузь права повинна мати достатньо розвинуту систему відповідного законодавства. Природоохоронне право в цьому відношенні є єдиним винятком із всіх відомих галузей радянського права. Норми його в переважній більшості сконцентровані в нормативних актах природноресурсового законодавства, тобто в Основах та Кодексах, що регулюють земельні, водні, лісові та інші відносини [5, с. 466].

Позаяк право в період тоталітарної держави виконувало не тільки регулюючу функцію, а й мало значний ідеологічний вплив, тогочасні вчені вимушені були корелювати свою позицію із діючими законодавчими вимогами, іноді намагаючись втиснути нові ідеї у «прокрустове ложе» існуючої правової реальності. Отож намагаючись гармонійно вкласти нові ідеї в існуючу правову систему, Ю. О. Вовк запропонував структуру навчальної дисципліни радянського природноресурсного права яка складалась з двох частин (загальна та особлива), восьми розділів, що мали 36 тем¹. З них питанням правової охорони навколишнього природного середовища було присвячено розділ VII, який складався із чотирьох тем – загальна характеристика правової охорони навколишнього середовища; правова охорона атмосферного повітря; правова охорона навколишнього середовища населених пунктів; окремі питання правової охорони навколишнього середовища [5, с. 475–477].

Розглядаючи співвідношення природноресурсних та природоохоронних норм, проф. Ю. О. Вовк віддавав перевагу природноресурсним нормам, про що свідчить навіть назва його роботи: «Радянське природноресурсне право та правова охорона навколишнього середовища» [4]. Наголосимо, що в роботі сформульовано достатньо революційну на той час думку про необхідність розробки єдиного законодавчого акта – Основ раціонального використання та охорони природних ресурсів, які не відміняють діючі на той час Основи земельного, водного, лісового та іншого законодавства, а вносять до них необхідні корективи. Аналіз відповідної праці проф. Ю. О. Вовка вже був предметом наукових досліджень [7, с. 7–8].

Зміни в політичному устрої країни, отримання незалежності, а також пов'язані із цим економічні та правові процеси скорегували напрямки й інтенсивність розвитку еколого-правової думки, які значною мірою відчували на собі вплив готовності суспільства до кореляції сприйняття екологічного права на тлі поглиблення екологічної кризи, Чорнобильської катастрофи, а також загальносвітових процесів, які були розпочаті на конференціях у Стокгольмі та у Ріо-де-Жанейро. Зазначені фактори фактично призвели до формування нової парадигми екологічного права, зміни ролі й місця природоохоронних правовідносин у ньому з додаткових, на керівні, системоутворюючі та узагальнюючі. Це, наприклад,

¹ У статті використовуються терміни «природноресурсове» та «природноресурсне» право, які характеризують синонімічні явища і подаються в авторських редакціях при цитуванні. А.Г., В.З.

знайшло своє відображення в ст. 2 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», де прямо було передбачено, що відносини у галузі охорони навколишнього природного середовища в Україні регулюються цим Законом, а також *розроблюваними відповідно до нього* (курсив наш – А. Г., В. З.) земельним, водним, лісовим законодавством, законодавством про надра, про охорону атмосферного повітря, про охорону і використання рослинного і тваринного світу та іншим спеціальним законодавством [27].

Проте незважаючи на позитивне сприйняття в цілому такої позиції переважною більшістю вчених, деякі вихідні моменти залишаються суперечливими, що й засвідчила дискусія між фахівцями у галузі екологічного права [18, с. 27–37]. Указана дискусія актуалізувала питання стосовно змісту поняття «екологокористування» та його співвідношення з правом природокористування, загального сприйняття формування екологічного права як єдиної системи тощо. Зокрема, на думку Б. В. Єрофеева, нові інститути законодавства потребують свого подальшого розвитку на іншій від існуючої методологічній та термінологічній основі. Так, порівнюючи екологічне та природноресурсове право, він вказував, що «...природноресурсове право більш егоїстичне по відношенню до довкілля, аніж право екологічне, яке також регулює споживчі відносини суспільства, але спрямовує їх в таке русло, щоб не завдавати шкоди довкіллю як системі екологічних зв'язків», і у зв'язку з цим зробив висновок, що «об'єктивною потребою суспільного розвитку на сучасному етапі є якнайшвидше перетворення природноресурсового в екологічне законодавство [15, с. 87–88].

Разом з тим, ця наукова позиція, в якій чітко простежується бажання зберегти наступництво, усталені правові підходи та ідеї, хоча й деякий час і домінувала в еколого-правовій науці, але так і залишилась не до кінця реалізованою в національній правовій системі. На сталість та консервативність у сприйнятті нових термінологічних підходів свого часу звертали увагу і ми в контексті комплексного аналізу формування еколого-правової термінології [8, с. 260–272] і запровадження в національну термінологічну систему нових понять [17, с. 271–274].

Залишилась не реалізованою ідея Б. В. Єрофеева про трансформацію природокористування в екологокористування [15, с. 88], що могло зумовити значні зміни в доктрині екологічного права та формування його ідеології і системи. Певною мірою це було обумовлено й відсутністю нагальних потреб та нових викликів, які все частіше з'являються або більш гостро проявляються в суспільстві. Так, сучасне екологічне право виявилось певною мірою не готове до появи ядерного, а потім енергетичного права як його змістової частини, розширення ресурсної складової, яка не належить до традиційних природних ресурсів (наприклад, відходів), входження до предмета регулювання відносин з використання відновлювальних джерел (наприклад, теплових насосів, сонячних батарей та колекторів), використання енергії приливів та відпливів тощо. Відсутність єдиного підходу дає нагоду представникам інших галузевих наук фактично «перетягувати» відповідні суспільні відносини без урахування системних

зв'язків до кола своїх наукових інтересів. Наприклад, окремі вчені-адміністративісти безпідставно стверджують про належність окремих екологічних відносин до предмета адміністративного права на підставі того, що такі відносини реалізуються імперативним методом. При цьому відбувається підміна поняття правового регулювання, яке передбачає настання юридичної відповідальності за невиконання обов'язків, заходами адміністративного примусу.

З цього приводу варто навести думку, висловлену у надзвичайно авторитетному в системі права США джерелі вторинного права – Словнику Блека, що екологічне право становить собою частину законодавства в сфері охорони та захисту довкілля, включаючи превентивні заходи, а саме – вимоги оцінки впливу на довкілля, та заходи притягнення до відповідальності й забезпечення ліквідації наслідків у разі завдання шкоди навколишньому середовищу. Оскільки більшість екологічних позовів це спори з державними органами, екологічне право переплітається з адміністративним правом [1, с. 614]. Отож, можна констатувати, що екологічне та адміністративне право переплітаються, а не охоплюються, існують паралельно, а не поглинаються. При цьому посилення на закордонний досвід і практику також мають досить умовний характер і можуть бути справедливими лише почасти з огляду на те, що в межах кожної правової системи погляди та підходи формувались самостійно, а отже, навіть враховуючи транспозиційні та конвергенційні явища, що відбуваються в праві, не можна повністю відкидати той правовий базис, що закладений у національній правовій системі.

Повертаючись до концепції екологічного права та його змістового наповнення в сучасних правових реаліях, варто згадати, що 1995 р. ученими Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого було видано навчальний посібник «Екологічне право України (Загальна частина)». Його автори стверджують, що для екологічного права характерні дві тенденції: безперервна зміна системи міри розвитку суспільних відносин у галузі екології; прагнення до внутрішньої узгодженості і внутрішньої єдності правових норм [11, с. 41]. При цьому наголошувалось на існуванні взаємопов'язаних екологічних відносин, об'єднаних єдиною правовою формою – екологічним правом. Взаємозв'язок екологічних відносин не виключає їх диференціацію, зокрема залежно від видів екологічних (природних) об'єктів, кожен з яких становить собою самостійну частину навколишнього природного середовища, відрізняється природним характером походження, виконує певні екологічні, економічні, культурно-оздоровчі, наукові та інші функції. До екологічних об'єктів належать: земля, її надра, води, ліси, дикий тваринний світ, атмосферне повітря, сонячна енергія та ін. [11, с. 15]. Викладена позиція сприйняття екологічного права зберігається й донині в навчальних виданнях кафедри екологічного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого [14].

Проф. В. І. Андрейцев також розглядає систему екологічного права (навчального курсу) як цілісну, послідовну і взаємообумовлену сукупність теоретичних поглядів, ідей та положень про екологічне право, законодавство,

його внутрішню структуру і зміст. При цьому він виділяє у системі екологічного права загальну; особливу і спеціальну частини. У свою чергу особлива частина складається із: природноресурсового права (Правове регулювання використання, відтворення і охорони природних ресурсів); природоохоронного права (Право охорони навколишнього природного середовища) та права екологічної безпеки (Правова екологія людини, антропоохоронне право) [3, с. 27–28].

В академічному курсі «Екологічне право України» за редакцією Ю. С. Шемшученка обґрунтовується позиція, згідно з якою характерною особливістю екологічного права як комплексної галузі є включення до неї визнаних на сьогодні інших галузей права – земельного, гірничого, водного, лісового, фауністичного, атмосфероохоронного. Ці галузі мають власну внутрішню структуру, свій предмет і метод правового регулювання. У системі екологічного права вони є фактично його підгалуззями і забезпечують диференційований підхід до екологічно обґрунтованого використання кожного з відповідних природних ресурсів, тоді як норми загальної частини екологічного права «нашаровуються» над вказаними підгалуззями, виконуючи функції силового інтеграційного поля [12, с. 18–19].

Варто зауважити, що концепція комплексного регулювання еколого-правових відносин у всіх їх проявах (природоохоронних, природоресурсних, антропоохоронних тощо) підтримується основними еколого-правовими школами.

Проте останнім часом спостерігається тенденція до штучного виділення з екологічного права з фактичним паралельним функціонуванням окремих його складових. Особливо яскраво це проявляється на прикладі земельного права. Прихильники його самостійності, при обґрунтуванні концепції відокремлення земельного від екологічного права, посилаються на історичний досвід регулювання земельних відносин, а також значну кількість земельних законодавчих та нормативно-правових актів. Справді, більш ніж 20 нормативно-правових актів рівня закону або кодексу, які безпосередньо регулюють правовідносини з охорони та використання земель дають підстави стверджувати, що земельне право наразі посідає надзвичайно важливе місце в системі еколого-правових відносин. Але чи дає це підстави стверджувати про його самостійність?

Посилання на історичний досвід є певною юридичною фікцією, оскільки розгляд правових явищ через призму системно-історичного зв'язку допомагає краще зрозуміти їх сутність, спрогнозувати напрями подальшого розвитку, але не є визначальним для закріплення сталого характеру правової системи. На сучасному етапі особливістю переважної більшості всіх дисертаційних правових досліджень (в тому числі в екологічній сфері) є аналіз правових явищ в їх історичному контексті. Така загалом правильна позиція допомагає більш глибоко зрозуміти логіку правового регулювання, базис, на якому будувалося відповідне законодавство. Разом з тим, захоплення історичними аналогіями призводить до інколи необґрунтованих висновків про існування, наприклад, самостійних галузей земельного, лісового, гірничого, фауністичного, флористичного права, знаходячи їх витоки у Візантійській Еклезії, Руській правді та інших історичних пам'ятках, на що неодноразово вказувалося в юридичній літературі [32, с. 212–214]. Від-

бувається порушення логічних і причинно-наслідкових зв'язків, коли сучасний правовий інструментарій намагаються використовувати щодо явищ, відносин та процесів, які були побудовані на відмінній суспільно-економічній базі.

Намагання виділити із екологічного права земельні правовідносини спостерігається також у освітянському процесі. Зокрема, О. М. Шуміло у навчальному посібнику «Земельне право України (у схемах)» пропонує такі чинники виокремлення земельного права у самостійну галузь: наявність особливого самостійного предмета правового регулювання (земельні правовідносини); специфіка та своєрідність об'єкта (землі), щодо якого складаються земельні правовідносини; наявність особливих методів правового регулювання; наявність спеціальних правових джерел; особлива суспільно-політична значущість земельних правовідносин, і правових норм, що їх регулюють [34, с. 22].

У навчальному посібнику за редакцією О. М. Шуміла «Екологічне право України. Особлива частина» [13] розділ, присвячений охороні та використанню земель, відсутній взагалі з огляду на те, що в Харківському національному університеті внутрішніх справ вивчення земельного права виділено в окрему навчальну дисципліну і розроблено окремий навчальний посібник [34]. Однак у навчальному посібнику з загальної частини автор розглядає земельне право як частину екологічного.

В. І. Андрейцев у практикумі для студентів юридичних вузів та факультетів «Екологічне і земельне право України» зазначав, що в основу програми курсу «Екологічне право» покладено цілісну і взаємопов'язану концепцію широкого розуміння екологічного права як інтегрованої спільноти і комплексної галузі права, яка об'єднує природноресурсове право, природоохоронне право та правову екологію людини. Вивчення земельного права України, на його погляд, важлива і невід'ємна частина еколого-правової освіти студентів юридичних вузів та факультетів [2, с. 179].

Таким чином, виділення навчального курсу «Земельне право» обумовлено насамперед потребами навчального процесу, розвитком правової системи, повністю відповідає концепції розвитку юридичної освіти в цілому, та еколого-правової освіти зокрема. У провідних вищих навчальних закладах створено відповідні кафедри: кафедра земельного та аграрного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого; кафедра земельного та аграрного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка; кафедра аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія»; кафедра аграрного, земельного та екологічного права імені академіка Василя Зіновійовича Янчука Національного університету біоресурсів і природокористування України тощо. Однак у зв'язку з цим постає логічне питання, чи може по суті виробнича необхідність, бажання забезпечити більш фаховий підхід шляхом поєднання комплексного вивчення та спеціалізації навчання бути підставою для виділення самостійної галузі права, а якщо так, то які ж тоді земельні правовідносини залишаються в рамках предмета регулювання екологічного права?

Об'єктивно слід відмітити, що фахівці з земельного права достатньо переконливо відстоюють його самостійність та наводять аргументи, на які вже зверталася увага. Основна мотивація наведена М. В. Шульгою під час аналізу стану розвитку земельного права: «Земельне право, будучи підгалузевою структурою екологічного права, поступово трансформувалося та вийшло на галузевий рівень системи права України» [33, с. 67]. Точку зору М. В. Шульги поділяють й інші вчені, переважно фахівці з земельного права. Деякі представники еколого-правової науки, якщо не підтримують, то й не заперечують наведену думку, оскільки різниця в методологічних підходах з еколого-правовими дослідженнями не є суттєвою.

Однак наразі виникає все більше напрямів у правовому регулюванні, пов'язаних з економічною орієнтованістю земельного права, його «комерціалізацією», тобто поверненням до економічних пріоритетів у використанні земельних ресурсів, яке науковці, представники школи екологічного права (серед яких В. І. Андрейцев, Ю. О. Вовк, О. С. Колбасов, В. П. Мунтян, Н. І. Тітова, Ю. С. Шемшученко та ін.) намагались подолати, розглядаючи довкілля не з позицій природних ресурсів, а саме об'єктів екологічного права, загального блага та невід'ємної умови існування людини.

Нині у разі застосування єдиних підходів вбачається істотний позитивний вплив підгалузей – земельного, водного, лісового, надрового, фауністичного та інших на екологічне право та вплив останнього на свої підгалузі. Так, В. В. Носік здійснив теоретичне обґрунтування права власності на землю українського народу [22], надавши імпульс іншим дослідженням [24]. Заданий ним вектор щодо соціальної функції землі реалізується в роботах його учнів [21, с. 91–98]. У свою чергу галузеві науки використовують надбання та досягнення екологічної науки, що сприяє їх взаємному збагаченню.

Натомість зайва «комерціалізація», втрата екологічної складової та її єдності призводить до негативних наслідків. У своїй Енцикліці «Laudatosi» (Про турботу про спільний дім) Папа Римський Франциск зазначає, що: турбота про екосистеми вимагає погляду, що проникає глибше аніж в цю мить, оскільки коли шукають тільки швидкої і легкої економічної вигоди, ніхто по-справжньому не цікавиться їх збереженням. Але ціна збитку, заподіяного егоїстичною халатністю, набагато вища одержуваного економічного прибутку. У разі втрати деяких видів або серйозної шкоди їхньому існуванню ми говоримо про цінності, що не підлягають ніякому розрахунку. Так, ми можемо залишатися нікими свідками найсерйознішої несправедливості, коли претендують на отримання величезних прибутків, змушуючи решту людства, нинішнє і майбутнє покоління, платити найвищу ціну за руйнування навколишнього середовища [23, с. 31].

На сьогодні концепція сталого розвитку загальноприйнята в політиці, суспільстві, науці, в тому числі юридичній. У національному законодавстві вона знайшла своє відображення, розвиток та трансформацію у низці нормативних актів, у тому числі в одному з останніх – Указі Президента України «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» [31]. Однак екологічна

складова в цій Стратегії фактично відсутня. Так, екологічна компонента входить до складу «вектору розвитку», для досягнення якого необхідно «...забезпечити стійке зростання економіки екологічно невиснажливим способом...». При цьому Дорожня карта та першочергові пріоритети реалізації Стратегії за цим вектором не передбачають комплексних реформ в екологічній сфері. Побічно до складових, що впливають на реформування відносин у цій сфері, можна віднести такі: реформа енергетики; програма енергоефективності; реформа сільського господарства та рибальства; земельна реформа. Стратегічні ж індикатори реалізації Стратегії взагалі не передбачають жодного екологічного індикатора. Натомість у ньому виділені такі, як кількість фільмів українського виробництва, що вийдуть у широкий прокат у 2020 р., кількість медалей на XXXII літніх Олімпійських іграх. Таким чином, Україна при визначенні власних пріоритетів сталого розвитку фактично ігнорує його екологічну складову, що в подальшому з великою вірогідністю призведе до поглиблення негативних наслідків для довкілля.

Така тенденція є логічним продовженням перманентного зменшення уваги до екологічних проблем на всіх рівнях політики і державної влади, намаганням вирішити економічні завдання за рахунок (якщо не на шкоду) екологічних пріоритетів та ресурсів. Особливо яскраво це проявляється в земельному праві, яке прагне вийти з-під сфери впливу екологічного права з огляду на особливе значення землі в економічній системі. На жаль, законодавець «старанно» сприяє цим центробіжним явищам. Так, унесенням змін до ст. 2 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» земельні відносини були позбавлені екологічної домінанти. У свою чергу і сам Земельний кодекс не є досить екологізованим. Перший принцип земельного законодавства сформульовано в п. «а» ст. 5 Земельного кодексу України: «Поєднання особливостей використання землі як територіального базису, природного ресурсу і основного засобу виробництва». Здавалось би, у Земельному кодексі підкреслено триєдине сприйняття землі, за якого жодна з цих складових не має вирішального значення, є однією з рівноправних частин. Однак і сам Земельний кодекс, і практика його реалізації доводять, що це не так і він перебуває під значним впливом комерціалізації, за якої на перший план виходить сприйняття землі як засобу виробництва, об'єкта речових прав. Сумні події останніх трьох років, пов'язані з появою статусу «тимчасово окупована територія», знову привернули увагу до землі як територіального базису, політичної категорії, яка значною мірою визначає та впливає на інші категорії, такі як суверенітет, незалежність тощо. І поза увагою знову опиняється статус землі як природного об'єкта.

Таке однобічне сприйняття землі підтверджується низкою фактів, пов'язаних із закріпленням і реалізацією окремих положень та елементів статусу землі, на які неодноразово звертали увагу різні дослідники. Тому для ілюстрації можна навести лише один приклад, коли в законодавстві зміст земельних відносин сформульовано як суспільні відносин щодо володіння, користування і розпорядження землею (ч. 1 ст. 2 Земельного кодексу України), тобто їх фактично зведено до відносин власності, у визначенні взагалі проігноровано екологічну

(природоохоронну) складову. При цьому в Кодексі повністю нехтується конституційне положення щодо права власності Українського народу на природні ресурси, що в свою чергу стало приводом для двох звернень (2001 р. та 2002 р.) до Конституційного суду України і стосовно яких було прийнято ухвали про відмову у відкритті конституційних проваджень [25]. Значне домінування цивільного законодавства призвело до включення до земельного законодавства інститутів емфітевзису та суперфіцію, які суттєво змінили підходи щодо прав на землю та неодноразово використовувались для ігнорування вимог та обмежень, установлених земельним законодавством.

Подібні тенденції спостерігаються також у законодавстві про відходи, де під приводом лібералізації та дерегуляції виводяться з-під сфери регулювання цілі групи суб'єктів господарювання. Такий стан справ ще більше ускладнюється існуючими заборонами на проведення перевірок бізнесу.

Однією з основних причин існування вищевказаних явищ є відсутність концепції систематизації екологічного законодавства, а також до певної міри байдужість фахівців-екологів щодо формування принципової позиції з окремих питань, зокрема поступової відмови від застарілого поняття «природні ресурси» і використання більш широкого поняття «екологічні ресурси» на рівні законодавства, формування в науці екологічного права розширеного поняття об'єктів екологічного права, до яких необхідно включати ландшафти, енергетичні та природно-кліматичні ресурси (потенціал), відходи тощо. При цьому в процесі обґрунтування виділення нових підгалузей екологічного права вихідним має бути положення про їх системний зв'язок. Так, у контексті флористичного права А. К. Соколова зазначає, що підгалузь флористичного права теж має об'єктивний характер. Як і земельна, водна, фауністична та інші підгалузі, які регламентують використання природних ресурсів, флористичне являє собою підгалузь екологічного права. Визнання їх усіх підгалузями останнього є правильним за своєю природою, хоча всі вони мають свою специфіку і розвиваються відповідно до своїх особливостей [29, с. 48].

Необхідно мати на увазі, що концентрація на питаннях динаміки законодавства, без урахування системних зв'язків, призведе до того, що у процесі систематизації законодавства, яке має чимале значення з точки зору створення його масиву, буде відбуватись не тільки його формування на більш високому рівні, але й виникатимуть негативні наслідки. Саме такі хиби наразі демонструє приклад екологічного права, що веде до втрати цілісного сприйняття системи, розвитку одних напрямків на шкоду іншим елементам системи, а також інтересам окремих груп суспільства з «комерціалізованих» міркувань.

Так, суперечливим, але досить показовим є приклад стосовно водних об'єктів. Частиною 1 ст. 6 Водного кодексу України передбачено, що: «Води (водні об'єкти) є виключно власністю Українського народу і надаються тільки у користування» [6]. Таким чином, за допомогою цієї норми забезпечувалася загальнодоступність водних об'єктів, гарантувалось право загального водокористування тощо. Разом з тим, прийнятий шістьма роками пізніше Земельний кодекс

фактично «підкорегував» вказану норму, закріпивши у ч. 2 ст. 79 положення: «Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться» [16] і в такий спосіб нівелював приписи та обмеження водного законодавства.

Отже, після досягнення нових кількісних показників виникає потреба кардинальних якісних змін на нових або переосмислених науково-методологічних засадах. Повертаючись до необхідності подальшого розвитку та трансформації понять «природний ресурс» в «екологічний ресурс», не можна не відзначити, що одним з аргументів, що висувуються прихильниками самостійності природоресурсного (земельного, водного, лісового, надрового) права, є посилення на норми Конституції України. Так, Основним Законом України в ч. 1 ст. 13 закріплено, що: «Земля, її надра, атмосферне повітря, водні та *інші природні ресурси* (виділено нами. – А. Г., В. З.), які знаходяться у межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу». Але вже у ч. 2 вказаної статті законодавець говорить про природні об'єкти, значно розширюючи предмет регулювання цієї статті: «Кожний громадянин має право користуватися *природними об'єктами* права власності народу відповідно до закону» (виділено нами. – А. Г., В. З.).

При цьому слід враховувати історичні фактори виникнення і розвитку категорії «право власності Українського народу» з метою комплексної оцінки тих інерційних явищ, які неминуче присутні в юридичній науці, та їх впливу на подальше формування законодавства. Так, категорія «права власності народу» з'явилась у Декларації про державний суверенітет України, якою було закріплено, що: «Земля, її надра, повітряний простір, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території Української РСР, природні ресурси її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони, весь економічний і науково-технічний потенціал, що створений на території України, є власністю її народу, матеріальною основою суверенітету Республіки і використовуються з метою забезпечення матеріальних і духовних потреб її громадян» [10].

Отже, на час прийняття Декларації категорія «права власності народу» розглядалась набагато ширше, містила також економічний і науково-технічний потенціал. Зазначене свідчить про те, що впровадження цієї категорії мало насамперед економічний характер, спрямований на виведення з-під юрисдикції СРСР, який на той час продовжував своє існування, економічного базису формування майбутньої незалежної держави, реалізацію змін, які були внесені до Конституції СРСР 14 березня 1990 р. Мова йде про конституційну норму ч. 2 ст. 11, де було передбачено, що у виключній власності держави є: земля, її надра, води, ліси [19] (у ст. 11 Конституції УРСР ця норма була ідентичною) [20]. Вона була змінена та переміщена до ст. 10 Конституції у такій редакції: «Земля, її надра, води, рослинний і тваринний світ в їхньому природному стані є невід'ємним надбанням народів, які проживають на даній території, перебувають

у віданні Рад народних депутатів і надаються для використання громадянам, підприємствам, установам та організаціям» [26].

У такий спосіб, визначення категорії «народ» як власника ресурсів стосовно яких змінювались юрисдикційні повноваження, створення передумов для подальшої економічної самостійності союзних республік було цілком природним з огляду на юридичну необхідність і доцільність. Існуючий на той час стан правового регулювання відносин при розширенні повноважень держави, трансформації відносин власності та наповнення їх реальним змістом призвів до того, що законодавець, визнаючи в Декларації про державний суверенітет України об'єкти права власності народу, в першу чергу передбачив ті природні ресурси, які були на той час традиційними, але при цьому залишив перелік відкритим.

Виконавши свою політичну роль, законодавець втратив інтерес до категорії «права власності Українського народу». У Законі УРСР «Про власність» Український народ як власник природних ресурсів уже згадувався опосередковано. Чинний Цивільний кодекс України взагалі обмежується згадкою про цей інститут лише в одній статті. Між іншим, усвідомлення важливості цієї категорії з точки зору обмеження абсолютного характеру права власності в цілому характерне не тільки для фахівців з екологічного, але й цивільного права. Так, З. В. Ромовська в 1991 р., у ході наукових дискусій щодо прийняття Закону УРСР «Про власність», на сторінках газети «Голос України» закликала до максимальної уваги до інституту права власності Українського народу: «Як автор ідеї права власності народу як окремої форми власності та механізму реалізації цього права на природні ресурси, я прошу науковців, мислячий люд України не відкидати відразу цю ідею як хибну чи парадоксальну, а спокійно обміркувати її і взятися спільно за її реалізацію. Колись наша держава буде воістину демократичною, суверенною, для якої людина буде насправді найвищою цінністю, можливо, потреба у розмежуванні власності народу і держави відпаде. На сьогодні цінність такої правової конструкції видається мені очевидною» [28].

З урахуванням наведеного, апелювання до положення Конституції та закріплення нею категорії «природні ресурси» як обґрунтування наявності окремої єдності природоресурсного права є досить умовним і не охоплює всі об'єкти екологічного права. На користь позиції щодо комплексності та взаємозв'язку екологічних відносин свідчить досить тісна взаємодія підгалузей екологічного права, які в практичній площині не існують нарізно. Наприклад, режим права власності на ліси та об'єкти рослинного світу є похідним від права власності на землю. Законодавство про надра опосередковано регулює видобування прісних підземних вод, тим самим втручаючись до сфери правового регулювання водного законодавства. У свою чергу водне законодавство відносить до загального водокористування любительське і спортивне рибальство, «перетягуючи на себе ковдру» з фауністичного законодавства. І такі приклади можна продовжувати. Окремі види природокористування взагалі важко віднести не тільки до природних ресурсів, але й до традиційних природних об'єктів, як то: геотермальні

джерела, сонячна енергія, вітрова енергія, кліматичні ресурси, озоновий шар тощо. Ці ресурси наразі задіяні в господарській системі незначною мірою, а тому сфера правового регулювання обмежена. Але найближчим часом варто очікувати кардинальних змін у підході до цього питання.

Таким чином, існує нагальна потреба «екологізації» як земельного законодавства, так і галузевого законодавства щодо охорони та використання природних (екологічних) об'єктів, забезпечення пріоритету норм і принципів екологічного законодавства, їх інтеграцію й систематизацію. Тільки за цих умов варто очікувати того, що Україна буде активніше просуватись на шляху до сталого розвитку.

Саме екологічне право у цьому разі стає внутрішнім інтегруючим чинником, який значною мірою виступає у вигляді єдиної термінологічної системи, ціннісних підходів, а також інституційних засад. Фактично, пройшовши значний шлях у формуванні єдиної екологічної системи, намагання в сформованих межах виокремити деякі структурні елементи створює внутрішні загрози існуванню екологічного права. У такий спосіб штучний поділ, навіть керуючись необхідністю навчального процесу, може шкодити самим засадам існування екологічного права. Намагання вивести на інший рівень поза системою екологічного права дослідження із природоресурсних відносин або відносин з екологічної безпеки шкодить самій ідеї соціальної цінності, що закладена в екологічному праві.

Висновки. Формування екологічного права є історично обумовленим процесом розвитку права, а отже, будь-які намагання на сучасному етапі заперечувати його об'єктивне існування, або здійснити штучний поділ з посиланням на історичний або міжнародний досвід матимуть негативний вплив на суспільні відносини. Відокремлення або виділення з його структури окремих складових як самостійних структурних елементів демонструє привнесення і домінування економічного (комерційного) підходу в екологічному праві, нехтування екологічними цінностями.

При цьому ускладнення правових явищ та юридичних зв'язків, новації законодавства ставлять перед наукою екологічного права нові виклики, на які вона повинна адекватно реагувати, а також унеможливають розгляд його структурних елементів без урахування їх взаємообумовленості та взаємопроникнення.

Сподіваємося, що ця публікація буде сприйнята науковою спільнотою як запрошення до відкритої фахової дискусії щодо перспектив розвитку екологічного права України.

Список літератури:

1. Black's Law Dictionary / 9Ed. Rev. / [B. Garner, T. Jackson, J. Newman and oth.]. St.Paul, Minn: West Thomson Reuters, 2009. 1920 p.
2. Андрейцев В. І. Екологічне і земельне право України: практикум для студ. юрид. вузів і факультетів. Київ: Юрінком Інтер, 1998. 271 с.
3. Андрейцев В.І. Екологічне право. Курс лекцій: навч. посібник для юрид. фак. вузів. Київ: Вентурі, 1996. 208 с.
4. Вовк Ю. А. Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды: учебное пособие. Общая часть. Харьков: Вища школа, 1986. 160 с.

5. Вовк Ю. О. Вибрані праці / упоряд. А. П. Гетьман, М. В. Шульга. Харків: Юрайт, 2013. 704 с.
6. Водний кодекс України: Закон України від 06.06.1995 р. № 213/95. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 24. Ст. 189.
7. Гетьман А. П. Розуміння природоресурсного права в науковій спадщині проф. Ю. О. Вовка. *Сучасні досягнення наук земельного, аграрного та екологічного права*: зб. матеріалів круглого столу (24.05.2013 р.). Харків: НУ «Юрид. акад. Укр. ім. Я. Мудрого», 2013. С. 7–8.
8. Гетьман А. П. Термінологія екологічного законодавства: методологічні засади та перспективи уніфікації. *Правова система України: історія, стан та перспективи*: у 5 т. Харків, 2008. Т. 4: Методологічні засади розвитку екологічного, земельного, аграрного та господарського права, підрозд. 2.7. С. 260–272.
9. Гетьман А. П., Зуєв В. А. Формування еколого-правової науки: ресурсний аспект та проблеми його інтеграції. *Проблеми законності*. Харків. 2016. Вип. 132. С. 104–123.
10. Про державний суверенітет України: Декларація від 16.07.1990 р. № 55-ХІІ. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1990. № 31. Ст. 429.
11. Попов В. К., Гетьман А. П., Шульга М. В. та ін. Екологічне право України (Загальна частина): навч. посіб. Харків, 1995. 176 с.
12. Екологічне право України. Академічний курс / Ю. С. Шемшученко (ред.) та ін. Київ: Юрид. думка, 2005. 848 с.
13. Екологічне право України. Особлива частина: навч. посіб. / О.М. Шуміло (ред.) та ін. Київ: Центр учбової літератури, 2013. 431 с.
14. Екологічне право: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / А. П. Гетьман (ред.) та ін. Харків: Право, 2013. 432 с.
15. Ерофеев Б. В. Экологическое право. Москва: Новый Юрист, 1998. 688 с.
16. Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-ІІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27.
17. Зуєв В. А. Термінологія екологічного права: значення і перспективи існування окремих понять. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2000. Спец. вип. С. 271–274.
18. Колбасов О. С. Терминологические блуждания в экологии. *Государство и право*. 1999. № 10. С. 27–37.
19. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик от 07.10.1977 г. *Ведомости ВС СССР*. 1977. № 41. Ст. 617.
20. Конституція (Основний Закон) України від 20.04.1978. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1978. № 18. Ст. 268.
21. Костяшкін І. О. Соціальна функція власності на землю у правовій доктрині. *Університетські наукові записки*. Хмельницький. 2014. Вип. 1. С. 91–98.
22. Носік В. В. Право власності на землю українського народу: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 544 с.
23. Папа Римський Франциск. Енцикліка *Laudatosi'* (О заботе об общем доме). Москва: НО Издательство Францисканцев, 2015. 192 с.
24. Перчеклій І. М. Право власності українського народу на природні ресурси: еколого-правові засади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 16 с.
25. Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 13 Конституції України та відповідності Конституції України проектів Земельного кодексу України і Закону України «Про власність на землю та інші природні ресурси»: Ухвала Конституційного суду України від 01.03.2001. № 4-у/2001 Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статей 13, 14 Конституції України: Ухвала Конституційного суду України від 06.06.2002 № 34-у/2002. *Закон і Бізнес*. 2002. № 19.

26. Про заснування поста Президента СРСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) СРСР: Закон СРСР № 1360-І від 14.03.1990. URL: <http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/zakony/185465/> (дата звернення 28.02.2017).

27. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

28. Ромовська З. В. Закон Української РСР «Про власність». *Голос України*. 1991.16.03. С. 6. Цит за. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Право власності. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. 246 с.

29. Соколова А. К. Флористичне право України: проблеми формування та розвитку: монографія. Харків: Право, 2009. 288 с.

30. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020»: Схвалена Указом Президента України від 12.01.2015 р. № 5/2015. *Офіційний вісник Президента України*. 2015. № 2. Ст. 154.

31. Українська радянська енциклопедія. Київ: УРЕ, 1980. Т. 5: Кантата-Кулики / гол. ред. М. П. Бажан. 568 с.

32. Фролов М. А. Роль каноники в формуванні джерел екологічного права: взаємозв'язок агрології та природоохоронного права. *Актуальні проблеми реформування земельних, екологічних, аграрних та господарських правовідносин в Україні*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Хмельницький, 14–15 травня 2010 р.). Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. С. 212–214.

33. Шульга М. В. Стан розвитку земельного права. *Правова система України: історія, стан та перспективи*: у 5 т. Харків, 2008. Т. 4: Методологічні засади розвитку екологічного, земельного, аграрного та господарського права, підрозд. 1.3. С. 64–85.

34. Шуміло О. М. Земельне право України (у схемах): навч. посіб. Харків: НікаНова; ХНУВС, 2015. 288 с.

References:

1. Black's Law Dictionary. 9Ed. Rev. [B. Garner, T. Jackson, J. Newman and oth.]. St.Paul, Minn: West Thomson Reuters, 2009. 1920 p.

2. Andreitsev, V.I. (1998). *Ekolohichne i zemelne pravo Ukrainy*. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

3. Andreitsev, V.I. (1996). *Ekolohichne pravo*. Kyiv: Venturi [in Ukrainian].

4. Vovk, Yu.A. (1986). *Sovetskoe prirodoresursovoe pravo i pravovaya ohrana okruzhayushey sredy*. Harkov: Vischa shkola [in Russian].

5. Vovk, Yu.O. (2013) *Vybrani pratsi*. Kharkiv: Yurait [in Ukrainian].

6. Vodnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.06.1995 r. № 213/95–VR. (1995). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 24, art. 189.

7. Getman, A.P. (2013). Rozuminnia pryrodoresurnoho prava v naukovi spadshchyni prof. Yu. O. Vovka *Suchasni dosiahnennia nauk zemelnoho, ahrarnoho ta ekolohichnoho prava*: proceedings of the Round table: Kharkiv: NU «Yuryd. akad. Ukr. im. Ya. Mudroho», 7–8 [in Ukrainian].

8. Getman, A.P. (2008). Terminolohiia ekolohichnoho zakonodavstva: metodolohichni zasady ta perspektyvy unifikatsii. *Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan ta perspektyvy*. (Vols. 1–5). Kharkiv. Vol. 4: Metodolohichni zasady rozvytku ekolohichnoho, zemelnoho, ahrarnoho ta hospodarskoho prava, part. 2.7., 260–272 [in Ukrainian].

9. Getman, A.P., Zuiev, V.A. (2016). Formuvannia ekoloho-pravovoi nauky: resursnyi aspekt ta problemy yoho intehratsii. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 132, 104–123 [in Ukrainian].

10. Pro derzhavnyi suverenitet Ukrainy: Deklaratsiia vid 16.07.1990 r. № 55-XII. (1990). *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*, 31, art. 429.

11. Popov, V.K., Getman, A.P., Shulha, M.V. et al. (1995). *Ekolohichne pravo Ukrainy (Zahalna chastyna)*. Kharkiv: Natsionalna yurydychna akademiia imeni Yaroslava Mudroho [in Ukrainian].

12. *Ekolohichne pravo Ukrainy*. Akademichniy kurs. Shemshuchenko, Yu.S. (Ed.) et al. (2005). Kyiv: Yuryd. dumka [in Ukrainian].

13. Ekolohichne pravo Ukrainy. Osoblyva chastyna. O.M. Shumilo (Ed.) et al. (2013). Kyiv: Tsentr uchbovoi literatury [in Ukrainian].
14. Ekolohichne pravo. A.P. Getman (Ed.) et al. (2013). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
15. Erofeev, B.V. (1998). Ekologicheskoe pravo. Moscow: Novyyi Yurist [in Russian].
16. Zemelnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 25.10.2001 r. № 2768–III. (2002). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 3–4, art. 27.
17. Zuiev, V.A. (2000). Terminolohiia ekolohichnoho prava: znachennia i perspektyvy isnuvannia okremykh poniat. *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav – Journal of Kharkov National University of Internal Affairs*. Special issue, 271–274 [in Ukrainian].
18. Kolbasov, O.S. (1999). Terminologicheskie bluzhdaniya v ekologii. *Gosudarstvo i pravo – State and law*, 10, 27–37 [in Russian].
19. Konstitutsiya (Osnovnoy Zakon) Soyuzu Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik ot 07.10.1977 g. (1977). *Vedomosti VS SSSR*, 41, art. 617.
20. Konstytutsiia (Osnovnyi Zakon) Ukrainy vid 20.04.1978. (1978). *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*, 18, art. 268.
21. Kostyashkin, I.O. Sotsialna funktsiia vlasnosti na zemliu u pravovii doktryni. *Universytetski naukovy zapysky – University research notes*, issue. 1, 91–98 [in Ukrainian].
22. Nosik, V.V. (2006). Pravo vlasnosti na zemliu ukrainskoho narodu. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
23. Papa Rimskiy Frantsisk (2015). Entsiklika Laudatosi' (O zabote ob obschem dome). Moscow: NO Izdatelstvo Frantsiskantsev [in Russian].
24. Percheklii I.M. (2015). Pravo vlasnosti ukrainskoho narodu na pryrodni resursy: ekolohopravovi zasady. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
25. Pro vidmovu u vidkrytti konstytutsiinoho provadzhennia u spravi za konstytutsiinym podanniam 60 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen chastyny pershoi statti 13 Konstytutsii Ukrainy ta vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy proektiv Zemelnogo kodeksu Ukrainy i Zakonu Ukrainy «Pro vlasnist na zemliu ta inshi pryrodni resursy»: Ukhvala Konstytutsiinoho sudu Ukrainy vid 01.03.2001. № 4-u/2001 Pro vidmovu u vidkrytti konstytutsiinoho provadzhennia u spravi za konstytutsiinym podanniam 47 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen statei 13, 14 Konstytutsii Ukrainy: Ukhvala Konstytutsiinoho sudu Ukrainy vid 06.06.2002 № 34-u/2002. (2002). *Zakon i Biznes – Law and Business*. 19.
26. Pro zasnuvannia posta Prezydenta SRSR i vnesennia zmin ta dopovnen do Konstytutsii (Osnovnoho Zakonu) SRSR: Zakon SRSR vid 14.03.1990 № 1360–I. URL: <http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfr/1977/zakony/185465/>.
27. Pro okhoronu navkolyshnoho pryrodnoho seredovyshcha: Zakon Ukrainy vid 25.06.1991 r. № 1264-XII. (1991). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 41, art. 546.
28. Romovska, Z.V. Zakon Ukrainskoi RSR «Pro vlasnist». *Holos Ukrainy*. 1991. 16 ber. S. 6. Tsyt za. Romovska, Z.V. Ukrainske tsyvilne pravo. Pravo vlasnosti. Kyiv: Alerta; TsUL, 2011. 246 s. [in Ukrainian].
29. Sokolova, A.K. (2009). Florystychne pravo Ukrainy: problemy formuvannia ta rozvytku. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
30. Stratehiia staloho rozvytku «Ukraina – 2020»: Skhvalena Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 12.01.2015 r. № 5/2015. (2015). *Ofitsiinyi visnyk Prezydenta Ukrainy – Official Gazette of President of Ukraine*, 2 art. 154.
31. Ukrainska radianska entsyklopediia; Vol. 5: Kantata-Kulyky (1980). M.P. Bazhan (Ed.). Kyiv: URE [in Ukrainian].
32. Frolov, M.A. (2010). Rol kanoniki v formirovani i istochnikov ekologicheskogo prava: vzaimosvyaz agiologii i prirodohrannogo prava. *Aktualni problemy reformuvannia zemelnykh, ekolohichnykh, ahrarykh ta hospodarskykh pravovydnykh v Ukraini*: proceedings of the International Scientific and Practical Conference. Khmelnytskyi: Vyd-vo Khmelnytskoho un-tu upravlinnia ta prava, 212–214 [in Russian].

33. Shulha, M.V. (2008). Stan rozvytku zemelnogo prava. *Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan ta perspektyvy* (Vols. 1–5) Kharkiv (2008). Vol. 4: Metodolohichni zasady rozvytku ekolohichnoho, zemelnogo, aharnoho ta hospodarskoho prava, part. 1.3. 64–85 [in Ukrainian].

34. Shumilo, O.M. (2015). *Zemelne pravo Ukrainy (u skhemakh)*. Kharkiv: NikaNova; KhNUVS [in Ukrainian].

Getman A. P., Doctor of Law, Professor, Pro-Rector for Scientific Work, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: prof.getman@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1987-2760

Zuiev V. A., Phd in Law, Head of civil, economy and environmental law department, University of Customs and Finance, Ukraine, Dnipro.

e-mail: vitalii.zuiev@gmail.com ; ORCID 0000-0003-2438-585X

Environmental law: reflections on its origin and prospects for development

The ecological law of recent years is characterized by the expansion of the social relations covered by its legal norms. The nuclear and energy relations appear in addition to the traditional ecological relations – landscape, floral, and eco-systematic. There exists the resource component that does not belong to the traditional natural resources, for example, household and radiation waste, natural and climatic potential etc. At the same time, some components of the environmental law are separated artificially and function independently. We can mention the land law as an example of such separation as the lawyers who practice it believe that the land law has transformed and became a new branch of the legal system.

Formation of environmental law is historically conditioned process of law, and therefore, any attempt at this stage to deny its objective existence or artificial division, referring to historical or international experience will have a negative impact on social relations. The separation or isolation of the individual components of its structure as an independent structural elements demonstrating the introduction and dominance of economic (commercial) approach to environmental law, disregard environmental values. This complication legal effects and legal relations, innovation legislation put before the science of environmental law new challenges to which it must respond adequately and make it impossible to review its structural elements without taking into account their interdependence and interpenetration.

The environmental law has come a long way. The article is also focused on its future development.

Keywords: environmental law; sustainable development; ecological system; land law; natural conservation law, natural resource law.

Надійшла до редколегії 12.05.2017 р.



Єрмолаєва Тетяна Вікторівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: tana28@ukr.net
ORCID 0000-0002-4071-7490

doi: 10.21564/2414–990x.137.101650
УДК 349.6

ПРОБЛЕМИ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ ПРИ ЗАХИСТІ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ

Розглянуто основні проблеми, які перешкоджають належним чином захищати екологічні права громадян у судовому порядку. До них віднесено наявність вичерпного переліку підстав звернення природоохоронними організаціями до суду, що є обмеженням відповідно до міжнародних стандартів. Наступною проблемою стосується правової необізнаності громадян щодо способів захисту екологічних прав та їх нераціональне використання, зловживання правом. Перешкоджають реалізації екологічних прав у деяких випадках і інтереси інших осіб, а також неналежне дослідження всіх обставин справи судом.

Ключові слова: екологічні права громадян; правосуддя; стратегічні судові справи; природоохоронні організації.

Єрмолаєва Т. В., кандидат юридических наук, доцент кафедри екологіческого права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: tana28@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4071-7490

Проблемы доступа к правосудию при защите экологических прав

Рассмотрены основные проблемы, которые препятствуют должным образом защищать экологические права граждан в судебном порядке. К ним отнесено наличие исчерпывающего перечня оснований обращения природоохранными организациями в суд, что является ограничением в соответствии с международными стандартами. Следующая проблема касается правовой неосведомленности граждан о способах защиты экологических прав и их нерациональное использование, злоупотребление правом. Препятствуют реализации экологических прав в некоторых случаях и интересы других лиц, а также ненадлежащее исследование всех обстоятельств дела судом.

Ключевые слова: экологические права граждан; правосудие; стратегические судебные дела; природоохранные организации.

Постановка проблеми. Важливою складовою розвитку правового суспільства є дотримання та захист нового покоління прав людини – екологічних,

зокрема: права на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди, права на отримання інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів та предметів побуту, права на участь у прийнятті екологічних рішень, права на доступ до правосуддя в екологічних справах. Відповідно до ч. 3 ст. 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» порушені права громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища мають бути поновлені, а їх захист здійснюється в судовому порядку відповідно до законодавства України. Проведення і реалізація судово-правової реформи в Україні забезпечує пріоритет прав у всіх сферах життя суспільства.

Актуальність обраної теми полягає у необхідності більш ґрунтовного дослідження причин, що перешкоджають належному захисту екологічних прав громадян у судовому порядку.

Аналіз досліджень і публікацій. Питання щодо способів, форм захисту екологічних прав громадян, порядку їх реалізації були предметом вивчення таких авторів як: Г. В. Анісімова, В. Л. Бредіхіна, М. І. Васильєв, Л. А. Калищук, І. І. Каракаш, Н. Р. Кобецька, І. О. Краснова, Л. П. Решетник, М. Станішевський, Г. О. Третьякова та ін. Проте досі немає усталених наукових напрацювань щодо найбільш гострих проблемних аспектів, які перешкоджають, по-перше, відкриттю провадження у конкретній справі, та, по-друге, винесенню правосудного рішення.

Мета статті полягає в узагальненні судової практики, аналізі стратегічних судових справ для України і виявленні тих чинників, які перешкоджають належній реалізації правосуддя з метою захисту екологічних прав громадян.

Виклад основного матеріалу. Судовий захист прав і свобод людини і громадянина гарантує ст. 55 Конституції України, відповідно до положень якої права і свободи людини і громадянина захищає суд.

Згідно зі ст. 9 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» кожен громадянин має право на подання до суду позовів до державних органів, підприємств, установ, організацій і громадян про відшкодування шкоди, заподіяної їхньому здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище. Право на звернення до суду за захистом свого порушеного права (право на доступ до правосуддя), будучи самостійним правом, водночас визначає механізм захисту інших екологічних прав.

Аналіз положень Орхуської конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (далі – Орхуська конвенція), а також інших норм законодавства дозволяє виділити такі форми доступу до правосуддя при захисті екологічних прав: оскарження рішень, дій (бездіяльності) державних органів та інших суб'єктів, що порушують національне екологічне законодавство; позовна форма захисту, яка реалізується шляхом подання позовів про припинення небезпечної для середовища діяльності, відшкодування заподіяної шкоди тощо.

К. Медведев визначає право на судовий захист екологічних прав громадян як юридичну можливість, яка реалізується в охоронному екологічному правовідношенні і полягає у здатності носія такого права вимагати в юрисдикційному судовому порядку застосування до особи, яка порушила суб'єктивне екологічне право або охоронюваний законом екологічний інтерес уповноваженої особи, заходів державного примусу [3, с. 5].

Насамперед виникає питання щодо доступу до правосуддя, а саме, хто може звертатися за захистом екологічних прав до суду, крім безпосередньо громадян, прокурора, у випадках, визначених Законом України «Про прокуратуру», а також Уповноваженого з прав людини Верховної Ради України.

Так, ст. 2, пунктами 2, 3, 4 ст. 9 Орхуської конвенції передбачений такий суб'єкт екологічних правовідносин, як громадськість, а держава Україна зобов'язалася забезпечити відповідним представникам зацікавленої громадськості, зокрема: 1) доступ до процедури перегляду в суді законності будь-якого рішення, дії або бездіяльності; 2) доступ до судових процедур для оскарження дій або бездіяльності приватних осіб і громадських органів, котрі порушують положення національного законодавства, що стосується навколишнього середовища; 3) адекватні та ефективні засоби правового захисту, включаючи засоби правового захисту у формі судової заборони [4].

Відповідно до ст. 21 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» до суду також можуть звертатися громадські природоохоронні організації, проте перелік питань, які можуть бути ними оскаржені, обмежені позовами про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, та позовами про оскарження рішень про відмову чи несвоєчасне надання за запитом екологічної інформації або неправомірне відхилення запиту та його неповне задоволення [2]. Проте за міжнародними стандартами таке обмеження предмета позову є необґрунтованим.

Комітет з питань дотримання зазначає, що п. 2 ст. 9 Орхуської конвенції зобов'язує Сторони забезпечити право на звернення до суду природоохоронним організаціям. Також Комітет вважає, що природоохоронні організації мають визнаватися такими, що мають достатню зацікавленість для того, щоб отримати доступ до процедури розгляду в суді і/або іншому незалежному і неупередженому органі, і доступ до протестних процедур має здійснюватися на основі принципу презумпції, а не ексклюзивності [5].

Українська практика захисту природоохоронними громадськими організаціями має чималий позитивний досвід. Серед громадських правозахисних екологічних організацій найбільших успіхів у справі захисту екологічних прав людини досягли «Екоправо-Київ», «Екоправо-Харків», «Екоправо-Львів» (з 2005 р. ЕПЛ – «Екологія-Право-Людина», Львів), Харківська правозахисна група та ін. Прикладом захисту екологічних прав є стратегічна судова справа на захист природного заповідника «Розточчя» від ліквідації (Україна). Природний заповідник «Розточчя» (далі – заповідник) був створений у 1984 р. У 2010 р.

Міністерство освіти і науки України видало наказ про його реорганізацію. Цим наказом передбачалося припинення юридичної особи заповідника при Національному лісотехнічному університеті України шляхом його реорганізації у структурний підрозділ зазначеного університету. Тобто, заповідник за цим рішенням втрачав статус юридичної особи (окремої організації, що має власне майно, працівників, бюджетне фінансування тощо) і ставав структурним підрозділом установи освіти. Зміна статусу заповідника на навчальний заклад змінювала суть цієї установи, послаблювала вимоги до організації та охорони її території, тобто негативно впливало на збереження унікального природного об'єкта. Міністерство обґрунтовувало своє рішення необхідністю припинити порушення бюджетного законодавства при фінансуванні заповідника. Цього ж року його працівники звернулися до Благодійного фонду Дніпровського району м. Києва «Київський еколого-культурний центр», а потім до Громадської екологоправової організації «ЕкоПраво-Київ» з проханням надати юридичну допомогу і зберегти унікальний заповідник від ліквідації. Зберегти статус заповідника було також важливо у зв'язку із запланованим включенням природного заповідника «Розточчя» в міжнародний біосферний резерват «Розточчя». На початку 2011 р. суд першої інстанції прийняв постанову, якою позов громадських організацій задовольнив повністю та скасував наказ міністерства. Справа переглядалася у апеляційній та касаційній інстанціях, але рішення місцевого суду змінено не було. Даним судовим процесом було досягнуто таких стратегічно важливих результатів: а) рішеннями судів усіх інстанцій за громадськими організаціями визнано право звертатись до суду з позовами про захист об'єктів природно-заповідного фонду, якщо такі громадські організації мають в цих справах свій екологічний інтерес, що може бути захищений судом; б) зріс рівень довіри до судової гілки влади серед об'єктів природно-заповідного фонду України, які активізувалися в напрямку захисту своїх прав та інтересів через суди; в) міжнародні процеси, в яких бере участь Україна, зокрема створення міжнародного біосферного резервату, визнано такими, що мають важливе значення в сфері охорони довкілля і мають враховуватись органами влади при прийнятті владних рішень; г) у рішенні суд встановив не лише незаконність наказу, але й недотримання Відповідачем принципу пропорційності владного рішення, оскільки внаслідок прийняття наказу міністерством не дотримано балансу між несприятливими наслідками для заповідника і цілями, на досягнення яких спрямоване оскаржуване рішення (тобто для усунення порушень бюджетного законодавства), що є самостійною підставою для скасування оскаржуваного рішення, але надзвичайно рідко використовується у судовій практиці [12, с. 33–34].

Ще один недавній приклад. Обухівський районний суд Київської області ухвалив рішення у справі пожежі на нафтобазі БРСМ в інтересах постраждалих людей. Масштабна аварія на нафтобазі, яку обговорювала вся країна, сталася у червні минулого року. Вона забрала життя шістьох людей, ще 15 залишилися інвалідами. Територія навколо нафтобази була забруднена токсичними речовинами, які згубно вплинули на здоров'я місцевого населення. Тоді

чиновники запевняли, що наслідки пожежі повністю усунено, а територію – дезактивовано. Минув рік, але ситуація не змінилася, тому юридична компанія «Імператив плюс» за підтримки Міжнародного фонду «Скорочення ризиків» подала колективні позови від потерпілих жителів для відшкодування моральної шкоди. Уперше за всю історію України і вперше на території країн колишнього Союзу суддя задовольнив позов стосовно порушення екологічних прав наших громадян і виніс рішення компенсувати постраждалим суму, еквівалентну в 30 мінімальних заробітних плат. Головне в цьому рішенні не сама сума компенсації, а факт того, що Феміда врахувала міжнародні норми екологічного права. Отже, конституційне право на безпечне для здоров'я і життя середовище треба відстоювати. Адже якість і тривалість життя українців залежать від екології [11].

У свою чергу, ЕПЛ започаткувало нову категорією справ – стратегічні позови проти участі громадськості. Це справи, у яких екологічні активісти піддаються судовому переслідуванню з боку бізнесових компаній за свою активну участь у попередженні реалізації шкідливої діяльності, за розповсюдження правдивої інформації про незаконну або шкідливу діяльність, що підриває репутацію юридичних чи фізичних осіб [7]. Варто зазначити про чималу кількість задоволених позовів, які в деяких випадках винесені без дослідження всіх обставин справи, що може схилити до висновку про заінтересованість (порушення принципу неупередженості) суддями. Представники бізнесу намагаються вплинути на припинення діяльності природоохоронних організацій шляхом зловживання правом захисту честі, гідності й ділової репутації. Саме така ситуація склалася у процесі захисту права на безпечне для життя і здоров'я довкілля та права на участь у процесі прийняття екологічно важливих рішень мешканців екологічної громадською організацією «Екологія і світ» в с.мт. Клевань, що на Рівненщині. Керівництво нафтобази подало позов до суду про спростування неправдивої, на їхню думку, інформації, поширеної екологічним активістом, і відшкодування шкоди, заподіяної честі, гідності і діловій репутації у розмірі 15 000 грн. Позивач просив через суд визнати такою, що не відповідає дійсності, статтю екологічного активіста Г., хоч стаття носила загальний оціночний характер і відбивала глибоку занепокоєність екологічного захисника не простою екологічною ситуацією, яка склалася на території його селища. Незважаючи на негативний результат у суді першої інстанції, апеляційний суд визнав доводи відповідача і направив справу на новий розгляд до районного суду, де справа нарешті була успішно вирішена на користь екологічного активіста [6, с. 106].

Чинний ЦК України, крім приписів щодо заборони зловживання правами, закріплює і правові норми щодо наслідків зловживання правами, у тому числі й у сфері захисту суб'єктивних прав та інтересів. Зокрема, у разі недодержання особою вимог здійснення права суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом. Згідно із ч. 3 ст. 16 ЦК України суд може відмовити в захисті цивільного права і інтересу особи внаслідок порушення положень закону щодо меж здійснення прав [9].

Погодимось із думкою Л. А. Калишук про те, що з метою вдосконалення чинного законодавства у сфері правового регулювання відносин щодо застосування юридичних способів захисту екологічних прав громадян правові приписи щодо зловживання під час здійснення екологічних прав та їх наслідків повинні знайти своє закріплення безпосередньо в нормах Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [10, с. 6].

Крім того, в Україні на законодавчому рівні необхідно закріпити положення про те, що при оцінці доказів у спорах щодо захисту екологічних прав громадян слід керуватись принципом «поза розумними сумнівами», використання якого практикується Європейським судом з прав людини. Указаний принцип полягає у тому, що доказ може впливати із співіснування достатньо потужних, зрозумілих і таких, що підтверджуються один одним умовиводів або аналогічних неспростовних презумпцій факту. Застосування принципу «поза розумними сумнівами» відображає максимальний стандарт при встановленні факту порушення того чи іншого екологічного права. Жорсткість указанного стандарту є виправданою, оскільки при порушенні екологічних прав під загрозою опиняється безпосередньо життя людини. Цей стандарт значно підвищить ефективність захисту екологічних прав громадян в Україні і не допустить зловживання правом чиновниками та бізнесменами.

Згідно з ч. 3 ст. 50 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» діяльність фізичних та юридичних осіб, що завдає шкоди навколишньому природному середовищу, може бути припинена за рішенням суду. Припинення такої діяльності полягає у припиненні триваючого екологічного правопорушення. Зазначений спосіб захисту підлягає застосуванню тоді, коли відновлення прав неможливе або значно ускладнене.

Проте ця норма Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» є недосконалою, оскільки передбачає лише можливість припинення діяльності, результати якої вже настали і є очевидними. Оскільки екологічні права є важковідновлюваними, то особливого значення набуває можливість припинення дій, які створюють загрозу такого порушення. Доречно зазначає К. Медведєв, що ідеальний варіант – попередження шкоди, а не її відшкодування [7]. Необхідно доповнити припис Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» вказівкою про те, що за рішенням суду може бути припинена діяльність, яка створює загрозу порушення екологічних прав громадян.

Ще одним аспектом, що перешкоджає якісному доступу до правосуддя, є необізнаність громадян у правильному формулюванні позовних вимог, внаслідок чого суди виносять рішення не на користь осіб, чиї екологічні права порушено, або ж відмовляють у відкритті провадження у справі.

Так, рішенням Корабельного районного суду м. Миколаєва від 18 травня 2009 р. у справі № 22ц-1822/09 задоволено позов ОСОБА_4 до ОСОБА_3 про зупинення будівництва багатоквартирного житлового будинку котеджного типу на суміжних земельних ділянках по вул. Липовій, 2-а, 2-6,3, 5 у м. Миколаєві

з підстав того, що будівництво житлового будинку на вказаних земельних ділянках, як зазначав позивач, здійснюється з порушенням установлених будівельних норм, санітарних правил та цільового призначення землі, що може призвести до порушення права на безпечне для життя і здоров'я довкілля та принципу добросусідства. За результатами оскарження цього рішення відповідачем до Апеляційного суду Миколаївської області, у зв'язку з відсутністю підстав для задоволення позову ОСОБА_4 вибраним нею способом, рішенням Апеляційного суду Миколаївської області від 27 серпня 2009 р. апеляційну скаргу ОСОБА_3 задоволено. Рішення Корабельного районного суду м. Миколаєва від 18 травня 2009 р. скасовано й ухвалено нове рішення, згідно з яким у позові ОСОБА_4 до ОСОБА_3 про зупинення будівництва багатоповерхового житлового будинку на суміжній земельній ділянці відмовлено. Апеляційний суд Миколаївської області виходив з того, що відповідно до положень ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового інтересу, обравши спосіб захисту цивільного права чи інтересу, у тому числі і припинення дії, яка порушує право. На підставі наявних у справі доказів суд дійшов висновку, що будівництво вказаного житлового будинку завершено, тобто відсутні дії, які можуть порушити права ОСОБА_4, а тому підстав для задоволення позову цієї особи обраним нею способом немає [8].

На нашу думку, доцільно надати можливість громадянам звертатися за правовою допомогою до центрів надання безоплатної первинної правової допомоги за рахунок коштів державного бюджету (для надання адвокатами роз'яснень, консультацій, складання процесуальних документів), оскільки захист навколишнього середовища та прав громадян – це напрям діяльності, в якому перш за все заінтересована держава Україна. Питання захисту екологічних прав людини, збереження та відтворення природних ресурсів на принципах сталого (екологічно збалансованого) природокористування слід розглядати як один із пріоритетів та важливу передумову європейської інтеграції України.

Висновок. Аналіз українського законодавства та судової практики, зокрема досить велика частка перегляду судових рішень першої інстанції апеляційними та касаційними судами, свідчить про наявність прогалин як в законодавстві, так і в професіоналізмі суддівських кадрів. У першу чергу потребують доопрацювання положення Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» щодо розширення можливостей доступу до правосуддя природоохоронних громадських організацій, щодо надання безоплатної правової допомоги громадянам, які потребують захисту екологічних прав, щодо розширеного тлумачення підстав зловживання екологічними правами та впровадження критерію дослідження обставин справи «поза розумними сумнівами».

Список літератури:

1. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41 (08.10.91). Ст. 546.

3. Медведєв К. В. Екологічні права громадян України: гарантії їх судового захисту: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2012. 17 с.
4. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя, з питань, що стосуються довкілля. Міжнародний документ від 25.06.1998 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_015 (дата звернення: 13.04.2017).
5. Практика Комітета по соблюденію Орхусской конвенции (2004–2008) / под ред. А. Андруевич, Т. Алге, К. Клеменс, З. Козак. Львов, 2008. 238 с.
6. Черновський О. К. [та ін.]. Захист екологічних прав громадян. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2011. Вип. 604: Правознавство. С. 101–108.
7. Права людини в Україні – 2008. Доповіді правозахисних організацій / Українська Гельсінська спілка з прав людини. URL: [\[helsinki.org.ua / index. php?id=1245859819\]](http://helsinki.org.ua/index.php?id=1245859819) (дата звернення: 13.04.2017).
8. Справа № 22ц-1822/09 II Архів Корабельного районного суду м. Миколаєва. URL: <http://kb.mk.court.gov.ua/sud1414/>.
9. Цивільний кодекс України: Закон від 16.01.2003 р. № 435-IV (Редакція станом на 02.11.2016). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/43515> (дата звернення: 13.04.2017).
10. Калишук Л. А. Юридичні способи захисту екологічних прав громадян України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Донецьк, 2011. 20 с.
11. Вперше в історії України суд задовольнив позов постраждалих від екологічного лиха. URL: <http://ecotown.com.ua/news/Vpershe-v-istoriyi-Ukrayiny-sud-zadovolnyv-pozov-postrazhdalykh-vid-ekolohichnoho-lykha/>.
12. Стратегічні судові справи на захисті екологічних прав та довкілля / Дж. Бонайн, Є. Алексєєва, О. Кравченко (розділ I), О. Кравченко, О. Мельнь-Забрамна (розділ II), О. Мельнь-Забрамна, (розділ III), С. Шутяк (розділ IV), Є. Алексєєва (розділ V) / за заг. ред. Кравченко О. Львів: ЕПЛ, 2014. 135 с.

References:

1. Konstytutsiia Ukrainy. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 30, art. 141.
2. Pro okhoronu navkolyshnoho pryrodnoho seredovyscha: Zakon Ukrainy vid 25.06.1991. №1264–XII (1991). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 41 (08.10.91), art. 546.
3. Medvediev, K.V. (2012). Ekolohichni prava hromadian Ukrainy: harantii yikh sudovoho zakhystu. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
4. Konventsiiia pro dostup do informatsii, uchast hromadskosti v protsesi pryiniattia rishen ta dostup do pravosuddia, z pytan, sheho stosuutsiia dovkillia. Mizhnarodnyi dokument vid 25.06.1998. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_015 (data zvernennia: 13.04.2017).
5. Praktyka Komyteta po sobliudenyiu Orkhusskoi konventsyy (2004–2008). (2008). A. Andrusyevych, T. Alhe, K. Klemens, Z. Kozak (Eds.) Lvov [in Russian].
6. Chernovskyi, O.K. et al. (2011). Zakhyst ekolohichnykh prav hromadian. *Naukovyi visnyk Chernivetskoho universytetu*. Issue 604: Pravoznavstvo. S. 101–108 [in Ukrainian].
7. Prava liudyny v Ukraini – 2008. Dopovidi pravozakhysnykh orhanizatsii. *Ukrainska Helsinska spilka z prav liudyny*. URL: [\[helsinki.org.ua / index. php?id=1245859819\]](http://helsinki.org.ua/index.php?id=1245859819) (data zvernennia: 13.04.2017) [in Ukrainian].
8. Sprava #22ts-1822/09 II Arkhiv Korabelnoho raionnoho sudu m. Mykolaieva. URL: <http://kb.mk.court.gov.ua/sud1414/> [in Ukrainian].
9. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: Zakon vid 16.01.2003 № 435-IV (Redaktsiia stanom na 02.11.2016). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/43515> (data zvernennia: 13.04.2017).
10. Kalyshuk, L.A. (2011). Yurydychni sposoby zakhystu ekolohichnykh prav hromadian Ukrainy. *Extended abstract of candidate's thesis*. Donetsk [in Ukrainian].
11. Vpershe v istorii Ukrainy sud zadovolnyv pozov postrazhdalykh vid ekolohichnoho lykha. URL: <http://ecotown.com.ua/news/Vpershe-v-istoriyi-Ukrayiny-sud-zadovolnyv-pozov-postrazhdalykh-vid-ekolohichnoho-lykha/> [in Ukrainian].

12. Stratehichni sudovi spravy na zakhysti ekolohichnykh prav ta dovkillia. (2014). / Bonain Dzh., Aleksieieva Ye., Kravchenko O., (rozdil I), Kravchenko O., Melen-Zabramna O. (rozdil II), Melen-Zabramna O., (rozdil III), Shutiak S. (rozdil IV), Aleksieieva Ye. (rozdil V). Kravchenko O. (Ed.) Lviv: EPL [in Ukrainian].

Yermolaieva T. V., PhD in Law, Docent, associate professor of the Environmental Law department Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: tana28@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4071-7490

Problems of access to justice in the protection of environmental rights

In the scientific article the main problems that hinder properly protect environmental rights in court are considered: the presence of an exhaustive list of grounds for appeal to the courts environmental organizations, that are limited according to international standards. Another problem relates to the legal ignorance of citizens on how to protect environmental rights and their irrational use, abuse of the law in some cases. Prevents the realization of environmental rights the interests of others, improper investigation of the case by the court. Another aspect that prevents qualitative access to justice is ignorance of citizens in the proper formulation of the claim, thus the courts make decisions not in favor of those whose environmental rights violated or denied the opening of the proceedings. It is advisable to enable citizens to apply for legal aid centers providing primary legal aid from the state budget (for lawyers providing explanations, advice, preparation of legal documents), as the environment and citizens' rights – a line of action in which the first all Ukraine state concerned. The issue of environmental protection of human rights, the preservation and restoration of natural resources on the principles of sustainable (environmentally sustainable) Nature should be regarded as one of the priorities and an important precondition for the European integration of Ukraine. Thus, environmental rights, and above all the constitutionally enshrined right to safe living environment and health must defend. After all, the quality and duration of life depend on Ukrainian Ecology.

Keywords: Environmental rights; justice, strategic litigation; environmental organizations.

Надійшла до редколегії 15.05.2017 р.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Климосьюк Андрій Сергійович

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

doi: 10.21564/2414–990x.137.101743

УДК 343.31

БЕЗПОСЕРЕДНИЙ ОБ'ЄКТ ДИВЕРСІЇ (СТАТТЯ 113 КК УКРАЇНИ)

Досліджується безпосередній об'єкт диверсії (ст. 113 КК України). Пропонується визначити безпосередній об'єкт диверсії стосовно кожної форми її вчинення шляхом конкретизації сфери суспільних відносин та тієї основної соціальної цінності в ній, яка охороняється ст. 113 КК України. Обґрунтовується, що для правильного концептуального вирішення зазначеного питання основне значення мають положення Закону України «Про основи національної безпеки України».

Ключові слова: основи національної безпеки; диверсія; об'єкт диверсії.

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

Непосредственный объект диверсии (статья 113 УК Украины)

Исследуется непосредственный объект диверсии (ст. 113 УК Украины). Предлагается определить непосредственный объект диверсии в отношении каждой формы ее совершения путем конкретизации сферы общественных отношений и той основной социальной ценности в ней, которая охраняется ст. 113 УК Украины. Обосновывается, что для правильного концептуального решения данного вопроса основное значение имеют положения Закона Украины «Об основах национальной безопасности Украины».

Ключевые слова: основы национальной безопасности; диверсия; объект диверсии.

Вступ. Відповідно до ст. 2 КК України підставою кримінальної відповідальності за диверсію є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого ст. 113 КК України. Об'єкт диверсії є обов'язковим елементом складу цього злочину і має важливе теоретичне та практичне значення. Об'єкт дає змогу визначити соціальну сутність злочину, з'ясувати його суспільно небезпечні наслідки, сприяє правильній кваліфікації діяння, а також відмежуванню його від суміжних суспільно небезпечних посягань [8, с. 110].

Актуальність теми цього дослідження зумовлена тим, що в теорії кримінального права об'єкт диверсії визначається по-різному, а правильне вирішення цього питання обумовлює правильну і точну кваліфікацію диверсії на практиці. Актуалізує цю проблематику загальна тенденція до збільшення кількості диверсійних актів в Україні в сучасних умовах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Об'єкт диверсії досліджували О. Ф. Бантишев, О. Ю. Гайворонський, І. В. Діордіца, С. В. Дьяков, О. Ю. Звонарьов, О. О. Климчук, В. А. Ліпкан, В. О. Навроцький, В. Я. Тацій, М. І. Хавронюк, Р. Л. Чорний, О. А. Чуваков, О. В. Шамара, О. М та інші, однак це питання зберігає дискусійний характер.

Метою статті є розроблення теоретичного визначення безпосереднього об'єкта диверсії.

Виклад основного матеріалу. Для правильного визначення безпосереднього об'єкта диверсії насамперед необхідно встановити родовий об'єкт цього злочину, адже основний безпосередній об'єкт злочину завжди лежить у площині і входить до складу родового об'єкта злочину [20, с. 150]. Під родовим об'єктом злочину наука кримінального права розуміє певне коло тотожних чи однорідних за своєю соціально-політичною й економічною сутністю суспільних відносин, які охороняються в силу цього єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм [20, с. 142; 29, с. 73]. На сьогодні існують різні визначення родового об'єкта досліджуваного злочину. Не вдаючись до дискусії з цього приводу, зазначимо, що більшість науковців визнають родовим об'єктом диверсії основи національної безпеки України. Така позиція видається правильною, адже при визначенні родового об'єкта злочину перш за все слід виходити з назви розділу I Особливої частини КК України, в якому міститься склад диверсії, а саме – «Злочини проти основ національної безпеки України». Відповідно до п. 17 ст. 92 Конституції України основи національної безпеки визначаються виключно законами України. Таким законом є Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. № 964-IV, у якому під національною безпекою розуміється захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам у різноманітних сферах [24].

Деякі вчені не поділяють зазначену позицію, а вказують на державу як родовий об'єкт злочинів, передбачених статтями 109-114¹ КК України. Так,

Р. Л. Чорний родовим об'єктом злочинів проти основ національної безпеки України називає охоронювані кримінальним законом суспільні відносини щодо забезпечення безпеки держави, а Є. Д. Скулиш та О. Ю. Звонарьов – суспільні відносини, що становлять конституційно-правові засади української державності. І. В. Діордіца взагалі наголошує на недоцільності й необґрунтованості назви «Злочини проти основ національної безпеки» та пропонує вживати термін «Злочини проти держави» або «Державні злочини». Цю думку також підтримують В. О. Глушков, Ю. О. Найдьон та Є. Д. Скулиш, вказуючи на термін «державна безпека» чи «безпека держави». Зазначені погляди обґрунтовано піддає критиці М. А. Рубашенко, наголошуючи, що основи національної безпеки є об'єктом, який акумулює в собі найбільш соціально значиме в тріаді «людина-суспільство-держави», а розгляд як родового об'єкта «держави» чи «(основ) безпеки держави» призводить до протиставлення держави суспільству чи людині, що є неприпустимим [25, с. 72].

Таким чином, під родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 113 КК України, слід розуміти суспільні відносини з охорони основ національної безпеки України.

Стосовно визначення безпосереднього об'єкта диверсії думки вітчизняних науковців суттєво різняться, а при його теоретичному розробленні застосовуються різні підходи. Більшість авторів при дослідженні безпосереднього об'єкта диверсії роблять акцент на державі та її безпеці [1, с. 168; 6, с. 60; 7, с. 125; 10, с. 45; 9, с. 43; 15, с. 38; 16, с. 175; 26, с. 20; 31, с. 22;]. При цьому інші об'єкти національної безпеки не згадуються взагалі, або згадуються лише в тій мірі, в якій спричинення їм шкоди послаблює державу. Наприклад, В. В. Сичевський, Є. І. Харитонов, Д. О. Олейніков при відображенні безпосереднього об'єкта диверсії вказують на економічну безпеку України, а більш конкретно – матеріальні та людські ресурси як основу економічної та оборонної безпеки будь-якої держави від зовнішніх та внутрішніх загроз [19, с. 139–140].

На нашу думку, зазначена позиція не враховує положення ст. 3 Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. № 964-IV, який визначає об'єктами національної безпеки людину і громадянина, суспільство та державу. Тобто Законом людина визнається самодостатньою цінністю, самостійним об'єктом національної безпеки, який потребує самостійного захисту. Підтвердженням цього є також положення ст. 3 Конституції України, де вказано, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Деякі автори при визначенні безпосереднього об'єкта диверсії враховують вищевказані положення. Зокрема, О. М. Юрченко, О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін називають безпосереднім об'єктом диверсії життя, здоров'я, недоторканість і безпеку людини, як найвищі соціальні цінності, життєво важливі для забезпечення національної безпеки України її інтереси у сферах економіки, оборони, екології [3, с. 55]. Проте таке визначення не може застосовуватися до всіх можливих форм

вчинення досліджуваного злочину, зокрема, життя, здоров'я, недоторканність і безпеку людини не можна визнати безпосереднім об'єктом при вчиненні вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження об'єктів, що мають важливе народногосподарське чи оборонне значення. О. Ю. Гайворонський, врахувавши положення зазначеного Закону, пропонує під безпосереднім об'єктом диверсії визнати всі об'єкти національної безпеки, адже суспільно небезпечна шкода внаслідок вчинення злочинних дій, передбачених ст. 113 КК України, завдається не лише державі, а й людині і громадянину та суспільству [2, с. 55]. Вважаємо, що таке визначення об'єкта диверсії характеризує його лише на рівні родового об'єкта цього злочину і тому потребує подальшої конкретизації.

Окремі автори вказують на національну безпеку в окремих сферах як на безпосередній об'єкт диверсії [12, с. 18-19]. Найчастіше згадується безпека в економічній, екологічній і воєнній сферах [5, с. 84; 6, с. 60; 10, с. 45; 13, с. 95; 14, с. 53; 15, с. 38;]. Деякі автори до перелічених сфер додають також сферу безпеки життя та здоров'я людей [17, с. 176], радіаційної безпеки [1, с. 168], безпеки тваринного і рослинного світу [18, с. 216]. Слід зазначити, що визначення тих чи інших сфер суспільних відносин, на які посягає диверсія, проводилося науковцями безвідносно до можливих форм вчинення злочину. Серед вітчизняних науковців лише С. І. Селецький при відображенні об'єкта диверсії згадує про її форми, вказавши, що безпосереднім об'єктом диверсії є економічна основа, внутрішня безпека України, а також життя і здоров'я людей, економічна безпека тощо, залежно від форми диверсії [26, с. 20]. Проте автор не конкретизує, якій саме формі вчинення злочину відповідає той чи інший елемент безпосереднього об'єкта диверсії.

Як вбачається, для визначення безпосереднього об'єкта досліджуваного злочину важливе концептуальне значення має правильне розуміння основ національної безпеки, які виступають родовим об'єктом злочину і визначені Законом України «Про основи національної безпеки України». Концептуальні особливості законодавчого визначення зазначеного поняття полягають в тому, що у кожній сфері суспільних відносин виділяються найбільш значущі, життєво важливі цінності, які ставляться під охорону. Відповідно до цієї концепції побудований розділ I Особливої частини КК України, в якому з різних сфер суспільних відносин, в тому числі які охороняються кримінально-правовими нормами, розміщеними в інших розділах Особливої частини КК України, виокремлюються найбільш важливі суспільні відносини та цінності, що ставляться під підвищену охорону статей 109-114¹ КК України. Отже, основи національної безпеки акумулюють в собі найважливіші цінності з різних сфер суспільного життя, життєво важливі інтереси людини, суспільства і держави, а статті розділу I Особливої частини КК України охороняють їх від суспільно небезпечних діянь. Крім того, вбачається правильним при визначенні безпосереднього об'єкта диверсії використовувати концептуальний підхід, відповідно до якого конкретизацію суспільних відносин слід здійснювати стосовно кожної форми вчинення диверсії окремо. При цьому слід виділяти: а) сферу суспільних відносин, на яку посягає відповідне діяння;

б) основну соціальну цінність у цій сфері, яка за своїм значенням є життєво важливою для людини і громадянина, суспільства й держави та виходить на рівень основ національної безпеки і тому охороняється ст. 113 КК України.

На наш погляд, у диспозиції ст. 113 КК України можна виділити вісім форм вчинення диверсії, залежно від спрямованості злочинних дій. Зокрема, це дії спрямовані на: 1) масове знищення людей; 2) масове заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди здоров'ю людей; 3) зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення; 4) радіоактивне забруднення; 5) масове отруєння; 6) поширення епідемії; 7) поширення епізоотії; 8) поширення епіфітотії.

Насамперед, проаналізуємо в сукупності першу, другу та шосту форму диверсії. Очевидно, що за своїм характером диверсія, вчинювана в зазначених формах, пов'язана з життям та/або здоров'ям людей. У зв'язку з цим виникає питання про співвідношення життя і здоров'я людини як об'єктів, які охороняються статтями розділу II Особливої частини КК України, з суспільними відносинами, які є об'єктом диверсії в зазначених формах.

У науці кримінального права по-різному вказується на життя та здоров'я в контексті безпосереднього об'єкта диверсії. Так, деякі науковці включають життя та здоров'я людей до формулювання безпосереднього об'єкта диверсії, але без конкретизації форм її вчинення [1, с. 168; 3, с. 55; 17, с. 176; 18, с. 216]. Дехто із учених розглядає життя та здоров'я людей з погляду їх значення для держави. Наприклад, Р. Л. Чорний зауважує, що законодавець, передбачивши таку форму вчинення злочину, як вчинення вибухів, підпалів, або інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, ставить під охорону людський потенціал, який є першоосновою усіх потенціалів держави та без забезпечення безпеки якого унеможлиблюється існування держави як такої [27, с. 267]. Проте більшість авторів відносять життя та здоров'я лише до додаткового об'єкта диверсії. Слід погодитися з думкою О. Ф. Бантишева та О. В. Шамари про те, що життя і здоров'я людей не можна відносити до додаткових об'єктів [1, с. 168], адже, як нами вказувалося вище, людина є самодостатньою цінністю, самостійним об'єктом національної безпеки і тому її життя та здоров'я охороняються самостійно, а не на «додаток» до чогось.

Отже, життя та здоров'я повинно визнаватися тією основною соціальною цінністю, на яку посягають при вчиненні диверсії в розглядуваних формах. Однак на відміну від інших статей Особливої частини КК України, які охороняють цю цінність, у ст. 113 КК України йдеться про кримінальну відповідальність за дії, які спрямовані на заподіяння шкоди життю або здоров'ю багатьох людей. На це вказують ознаки масового знищення людей або заподіяння шкоди їхньому здоров'ю, а також характер епідемії, яка визначається Кодексом цивільного захисту України як масове поширення інфекційної хвороби серед населення відповідної території за короткий проміжок часу. Таким чином, саме життя та здоров'я багатьох людей виступає предметом суспільних відносин, які визнаються безпосе-

реднім об'єктом диверсії, вчинюваної в розглядуваних формах і одночасно тією соціальною цінністю, яка належить до основ національної безпеки України. Разом з тим, зазначена соціальна цінність додатково конкретизується стосовно кожної з розглядуваних форм диверсії окремо. У першій формі – це життя багатьох людей, у другій – здоров'я багатьох людей, а у шостій – життя та/або здоров'я багатьох людей.

Стосовно третьої форми диверсії – вчинення дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення – переважна більшість науковців указують на безпеку в економічній та військовій сферах. Ми уже визначали, що під важливим народногосподарським значенням конкретних об'єктів слід розуміти їх важливе значення для нормального функціонування всієї системи господарських відносин або їх окремих структурних елементів, якими є галузі економіки [4, с. 104]. Тому, дійсно, при зруйнуванні або пошкодженні об'єктів, що мають таке значення, відбувається посягання на безпеку в економічній сфері, а при зруйнуванні або пошкодженні об'єктів, які мають важливе оборонне значення – на безпеку у військовій сфері. Проте проведений нами більш детальний аналіз предмета злочину в межах вказаної форми вчинення диверсії виявив необхідність виділити також інформаційну сферу. Об'єктами, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, як предметом злочину, можуть бути речі, результати інтелектуальної, творчої діяльності та інформація [4, с. 103]. Отже, при вчиненні дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження інформації, що має важливе народногосподарське чи оборонне значення, має місце посягання на інформаційну безпеку як самостійну сферу, відмінну від економічної безпеки, на кшталт ст. 111 КК України, де інформаційна безпека вказується як самостійний безпосередній об'єкт злочину.

Таким чином, безпосереднім об'єктом диверсії, вчинюваної у третій формі, слід вважати суспільні відносини, які забезпечують охорону об'єктів, що мають важливе народногосподарське чи оборонне значення в економічній, військовій та інформаційній сферах, як складників основ національної безпеки України.

Іншими є суспільні відносини, які виступають безпосереднім об'єктом диверсії, вчинюваної у формі дій, спрямованих на поширення епізоотій чи епіфітотій (сьома і восьма форми). Кодекс цивільного захисту України визначає епізоотію як широке поширення заразної хвороби тварин за короткий проміжок часу, що значно перевищує звичайний рівень захворюваності на цю хворобу на відповідній території, а епіфітотію – як широке поширення на території однієї або кількох адміністративно-територіальних одиниць заразної хвороби рослин, що значно перевищує звичайний рівень захворюваності на цю хворобу на відповідній території. Отже, йдеться про поширення заразних хвороб, яке здатне знищити або заподіяти іншу серйозну шкоду багатьом тваринам чи рослинам. Таким чином, поширення епізоотій чи епіфітотій може спричинити велику шкоду тваринному та рослинному світу.

Переконані, що при вирішенні питання про безпосередній об'єкт диверсії, вчинюваної в розглядуваних формах, важливе значення має те, в які суспільні

відносини включені відповідні об'єкти тваринного чи рослинного світу, оскільки саме це визначає їх соціальну цінність. У цьому зв'язку можна виділити два види відносин: 1) екологічні відносини щодо охорони об'єктів тваринного чи рослинного світу; 2) економічні відносини. Обидва види відносин можуть виступати безпосереднім об'єктом диверсії.

Масове знищення тварин чи рослин внаслідок поширення епізоотій чи епіфітотій може мати характер стихійного лиха. Наприклад, історії відомий випадок, коли у 1996 р. в Великобританії чумою великої рогатої худоби було заражено більш ніж 500 тис. сільськогосподарських тварин. Необхідність знищення хворих тварин та їх утилізації призвела до значних фінансових витрат. Було припинено експорт м'яса, галузь тваринництва була на межі розорення. Внаслідок цього рівень споживання м'яса в Європі дуже впав, а європейський ринок м'ясних виробів був дестабілізований.

Не менш небезпечним є поширення епіфітотій. За певних умов розповсюдження заразних хвороб рослин може значно знизити врожай та спричинити небезпеку виникнення голоду. Поширення епіфітотій може завдавати шкоди не лише наявному, а й потенційному національному багатству. Збитки внаслідок таких дій можуть мати не тільки економічний, але й екологічний характер, і разом з урахуванням упущеної вигоди їх розмір може бути незліченим [3, с. 68].

Отже, під безпосереднім об'єктом диверсії у формі вчинення дій, спрямованих на поширення епізоотій чи епіфітотій (сьома і восьма форми) слід вважати суспільні відносини щодо забезпечення охорони об'єктів тваринного та рослинного світу як життєво важливих соціальних цінностей в екологічних чи економічних сферах, до яких вони належать.

Вирішення питання щодо вчинення диверсії у формі дій, спрямованих на масове отруєння дещо ускладнено неоднозначним розумінням самого отруєння. Думки науковців стосовно того, хто може бути отруєним внаслідок зазначених дій, різняться. Більшість авторів вказують на масове отруєння людей, проте деякі з них визнають можливим охопити цим поняттям також отруєння тварин [15, с. 39; 17, с. 176; 18, с. 216; 28, с. 185]. Остання позиція видається правильною, оскільки в ст. 113 КК України відсутня конкретизація того, кого саме може бути отруєно. Масове отруєння тварин також згадується у вітчизняному законодавстві [21], а масове отруєння сільськогосподарських тварин відповідно до «Класифікаційних ознак надзвичайних ситуацій» [23] визнається надзвичайною ситуацією природнього характеру. Отже, під масовим отруєнням слід розуміти масове отруєння як людей, так і тварин. Відповідно до Закону України від 24 лютого 1994 р. № 4004-ХІІ «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» масовим отруєнням є масові неінфекційні захворювання, виникнення яких зумовлено впливом біологічних, фізичних, хімічних чи соціальних факторів середовища життєдіяльності, у тому числі об'єктів господарської та інших видів діяльності, продукції, робіт, послуг [22].

При вчиненні диверсії у формі масового отруєння здійснюється посягання на життя та здоров'я багатьох людей чи тварин. Стосовно останніх, важливо

також враховувати їхню належність до різних сфер суспільних відносин, з урахуванням чого визначається їх основна соціальна цінність (детальніше про це зазначено вище стосовно поширення епізоотій).

Отже, безпосереднім об'єктом дій, спрямованих на масове отруєння, є суспільні відносини у сфері безпеки життя та здоров'я багатьох людей чи тварин як складника основ національної безпеки України.

Неоднозначно у теорії кримінального права вирішується питання про безпосередній об'єкт диверсії, вчинюваної у формі дій, спрямованих на радіоактивне забруднення. Формулювання такого об'єкта, як правило, дається при характеристиці безпосереднього об'єкта диверсії безвідносно до її форм. При цьому такими об'єктами визнаються радіаційна безпека [1, с. 168], довкілля [6, с. 60; 31, с. 22] чи навколишнє середовище [7, с. 125; 10, с. 45; 12, с. 18–19; 14, с. 53].

На нашу думку, таким об'єктом є суспільні відносини у сфері безпеки території як особливої макроматеріальної цінності, яка є цілісним життєвим простором Українського народу, простором його існування і життєдіяльності [25, с. 73]. Особливістю вказаного предмета є те, що посяганням на територію заподіюється істотна шкода цінностям у різних сферах суспільних відносин.

Зокрема, при вчиненні диверсії у зазначеній формі шкода може бути завдана: життю і здоров'ю людей та тварин, адже на місцевості, забрудненій радіоактивними речовинами, у людей і тварин можуть виникати радіаційні ураження, обумовлені як зовнішнім променевим впливом, так і внутрішнім опроміненням внаслідок потрапляння до організму радіоактивних речовин; рослинному світу, бо важке променеве ураження внаслідок радіоактивного забруднення призводить до повної зупинки росту і загибелі рослин; сільськогосподарським рослинам і урожаю, які через радіоактивне забруднення можуть стати непридатними для використання в їжу людям і на корм тваринам [30, с. 140–155]; будь-якому матеріальному об'єкту, що унеможлиблює його використання за цільовим призначенням на тривалий час. Крім того, радіоактивні речовини здатні забруднювати повітря, воду, а також всі предмети, що знаходяться на ній, споруди, лісові насадження, сільськогосподарські культури, урожай, незахищених людей і тварин, а головне – призвести у непридатний для життєдіяльності стан територію. Яскравим прикладом цього є наслідки аварії на Чорнобильській АЕС і встановлення 30-кілометрової зони відчуження, на якій заборонене проживання та господарська діяльність людей. Внаслідок радіоактивного забруднення території застосовується переселення на невизначено довгий термін населення з радіаційно-забруднених територій до регіонів з низькими (нульовими) величинами індивідуальних доз аварійного опромінення. Отже, суспільні відносини стосовно безпеки території як особливої макроматеріальної цінності за своїм значенням виходять на рівень основ національної безпеки України і через це охороняються ст. 113 КК України.

Таким чином, безпосереднім об'єктом диверсії у формі вчинення дій, спрямованих на радіоактивне забруднення, слід вважати суспільні відносини у сфері безпеки території як особливої соціальної макроматеріальної цінності.

Висновки. Родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 113 КК України, є суспільні відносини з охорони основ національної безпеки України. Основне концептуальне значення для вирішення питання про безпосередній об'єкт диверсії мають положення Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. № 964-IV. Відповідно до цього Закону конкретизацію суспільних відносин, які визнаються безпосереднім об'єктом диверсії, необхідно здійснювати стосовно кожної форми її вчинення шляхом виділення сфери суспільних відносин, на яку посягає відповідне діяння, та основної соціальної цінності в цій сфері, яка за своїм значенням є життєво важливою для людини і громадянина, суспільства й держави і виходить на рівень основ національної безпеки, а тому охороняється ст. 113 КК України.

Таким чином, безпосереднім об'єктом диверсії слід вважати: 1) при вчиненні дій, спрямованих на масове знищення людей – суспільні відносини у сфері безпеки життя багатьох людей; 2) при вчиненні дій, спрямованих на масове заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди здоров'ю людей – суспільні відносини у сфері безпеки здоров'я багатьох людей; 3) при вчиненні дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народного-сподарське чи оборонне значення – суспільні відносини, які забезпечують охорону таких об'єктів в економічній, військовій та інформаційній сферах; 4) при вчиненні дій, спрямованих на радіоактивне забруднення – суспільні відносини у сфері безпеки території як особливої соціальної макроматеріальної цінності; 5) при вчиненні дій, спрямованих на масове отруєння – суспільні відносини у сфері безпеки життя та здоров'я багатьох людей чи тварин; 6) при вчиненні дій, спрямованих на поширення епідемій – суспільні відносини у сфері безпеки життя та здоров'я багатьох людей; 7) при вчиненні дій, спрямованих на поширення епізоотій – суспільні відносини щодо забезпечення охорони об'єктів тваринного світу як життєво важливих соціальних цінностей в екологічних чи економічних сферах, до яких вони належать; 8) при вчиненні дій, спрямованих на поширення епіфітотій – суспільні відносини щодо забезпечення охорони об'єктів рослинного світу як життєво важливих соціальних цінностей в екологічних чи економічних сферах, до яких вони належать.

Список літератури:

1. Бантишев О. Ф., Шамара О. В. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): монографія. Луганськ: Віртуальна реальність, 2014. 198 с.
2. Гайворонский А. Предмет преступного воздействия при совершении диверсии. *Legea si viata*. 2013. № 7. С. 54–58.
3. Юрченко О. М., Бантишев О. Ф., Кузьмін С. А. Злочини проти основ національної безпеки України. Науково-практичний коментар до Розділу I Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ: ПАЛІВОДА А. В., 2015. 72 с.
4. Климосюк А. С. Про кримінально-правову характеристику предметів диверсії та необхідність вдосконалення їх законодавчого формулювання в ст. 113 Кримінального кодексу України. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2016. № 5. С. 101–106.

5. Климчук О. Нове у кримінальній відповідальності за диверсію. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 3. С. 84–86.
6. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 1. Луганськ: вид-во «Елтон-2», 2012. 780 с.
7. Кузнецов В. О., Гіжевський В. К. Кримінальне право України (повн. курс у схемах та табл.): навч. посібник. Київ: Кондор, 2005. 459 с.
8. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2015. 528 с.
9. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2015. 680 с.
10. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за заг. ред. О. М. Литвинова; наук. ред. серії О. М. Бандурка. Харків: ХНУВС, 2011. 572 с.
11. Тютюгін В. І., Комаров О.Д., Рубашенко М. А. Кримінальне право України. Особлива частина: посіб. для підготовки до іспитів. Харків: Право, 2016. 156 с.
12. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посібник / за ред. О. М. Омельчука. Київ: Алерта; КНТ; ЦуЛ, 2010. 496 с.
13. Кримінальне право України: Особлива частина – розділи I, II: Практикум: навч. посібник / за заг. ред. В. К. Матвійчука. Київ: КНТ, 2008. 256 с.
14. Сливич І. І., Ступник Я. В. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посібник. Ужгород: Гельветика, 2014. 655 с.
15. Кримінальне право. Особлива частина: підручник / відп. ред. В. І. Шақун. Київ: НАВСУ «Правові джерела», 1998. 896 с.
16. Ліпкан В. А., Діордіца І. В. Національна безпека України: кримінально-правова охорона: навч. посібник (Сер.: Нац. і міжнар. безпека). Київ: КНТ, 2007. 292 с.
17. Ружанський М. Й. Науковий коментар Кримінального кодексу України. Київ: Атіка, Академія, Ельга-н, 2001. 656 с.
18. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С. С. Яценко. 4-те вид., перероб. і допов. Київ: А. С. К., 2006. 848 с.
19. Сичевський В. В., Харитонов Є. І., Олейніков Д. О. Науково-практичний коментар до Розділу I Особливої частини Кримінального кодексу України (Злочини проти основ національної безпеки України). Харків: Право, 2016. 232 с.
20. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України: монографія. Харків: Право, 2016. 256 с.
21. Про ветеринарну медицину: Закон України від 25.06.1992 р. № 2498-XII. Дата оновлення: 09.05.2016. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2498-12>.
22. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 24.02.1994 р. № 4004-XII. Дата оновлення: 28.12.2015. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4004-12>.
23. Про затвердження Класифікаційних ознак надзвичайних ситуацій: Наказ МНС України від 12.12.2012 р. № 1400. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0040-13/page>.
24. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19 черв. 2003 р. № 964-IV. Дата оновлення: 07.08.2015. URL: zakon4.rada.gov.ua/laws/show/964-15.
25. Рубашенко М. А. Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність: монографія. Харків: Право, 2016. 286 с.
26. Селецький С. І. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2008. 496 с.
27. Чорний Р. Л. Система злочинів проти безпеки держави за Кримінальним кодексом України. *Університетські наукові записки*. 2013. № 1. С. 261–272.
28. Скулиш Є. Д., Звонарьов О. Ю. Злочини проти основ національної безпеки України: навч. посібник. Київ: Наук.-вид. відділ Нац. акад. СБУ, 2011. 220 с.

29. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підруч. для студ. вищих навч. закл. Київ: Атіка, 2004. 488 с.
30. Стеблюк М. І. Цивільна оборона: підручник. Київ: Знання, 2006. 487 с.
31. Шевчук А. В., Дякур М. Д. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посібник. Чернівці: ТОВ «Друк Арт», 2010. 304 с.

References

1. Bantyshev, O.F., Shamara, O.V. (2014). Kryminal'na vidpovidal'nist' za zlochyny proty osnov natsional'noyi bezpeky Ukrayiny (problemy kvalifikatsiyi). Luhans'k: Virtual'na real'nist' [in Ukrainian].
2. Gayvoronskiy A. (2013). Predmet prestupnogo vozdeystviya pri sovershenii diversii. *Legea si viata – Law and Life*, 7, 54–58 [in Russian].
3. Yurchenko, O.M., Bantyshev, O.F., Kuz'min, S.A. (2015). Zlochyny proty osnov natsional'noyi bezpeky Ukrayiny. Naukovo-praktychnyy komentar do Rozdilu I Osoblyvoyi chastyny Kryminal'ohokodeksu Ukrayiny. Kyiv: PALYVODA A. V. [in Ukrainian].
4. Klymosyuk, A.S. (2016). Pro kryminal'no-pravovu kharakterystyku predmetiv dyversiyi ta neobkhdnist' vdoskonalennya yikh zakonodavchoho formulyuvannya v st. 113 Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny. *Naukovyy visnyk Kherson's'koho derzhavnoho universytetu. Seriya Yurydychni nauky – Scientific Bulletin of Kherson State University. Series of Law*, 5, 101–106 [in Ukrainian].
5. Klymchuk O. (2002). Nove u kryminal'niy vidpovidal'nosti za dyversiyu. *Pidpryyemnytstvo, hospodarstvo i pravo – Business, economics, law*, 3, 84–86 [in Ukrainian].
6. Kryminal'ne pravo (Osoblyva chastyna). O.O. Dudorov, Ye. O. Pys'mens'kyy (Eds.). (2012). Vol. 1. Luhans'k: Elton-2 [in Ukrainian].
7. Kuznyetsov, V.O., Hizhevs'kyy, V.K. (2005). Kryminal'ne pravo Ukrayiny (povn. kurs u skhemakh ta tabl.). Kyiv: Kondor [in Ukrainian].
8. Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Zahal'na chastyna. V. Ya. Tatsiy, V. I. Borysov, V. I. Tyutyuhin. (Eds.). (2015). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
9. Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Osoblyva chastyna. V. Ya. Tatsiy, V. I. Borysov, V. I. Tyutyuhin. (Eds.). (2015). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
10. Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Osoblyva chastyna. O. M. Lytvynov (Ed.). (2011). Kharkiv: KhNUVS [in Ukrainian].
11. Tyutyuhin, V.I., Komarov, O.D., Rubashchenko, M.A. (2016). Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Osoblyva chastyna. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
12. Kryminal'ne pravo Ukrayiny. Osoblyva chastyna. O. M. Omel'chuk. (Ed.). (2010). Kyiv: Alerta; KNT; TsuL [in Ukrainian].
13. Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Osoblyva chastyna rozdily I, II: Praktykum. Matviychuk V.K. (Ed.). (2008). Kyiv: KNT [in Ukrainian].
14. Slyvych, I.I., Stupnyk, Ya.V. (2014). Kryminal'ne pravo Ukrayiny. Osoblyva chastyna. Uzhhorod: Hel'vetyka [in Ukrainian].
15. Kryminal'ne pravo: Osoblyva chastyna. Shakun V.I. (Ed.). (1998). Kyiv: NAVSU-«Pravovi dzherela» [in Ukrainian].
16. Lipkan, V.A., Diorditsa, I.V. (2007). Natsional'na bezpeka Ukrayiny: kryminal'no-pravova okhorona. Kyiv: KNT [in Ukrainian].
17. Korzhans'kyy, M.Y. (2001). Naukovyy komentar Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny. Kyiv: Atika, Akademiya, El'ha-n [in Ukrainian].
18. Naukovo-praktychnyy komentar do Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny. S. S. Yatsenko (Ed.). (2006). Kyiv: A.S.K. [in Ukrainian].
19. Sychevs'kyy, V.V., Kharytonov, Ye.I., Olyeynikov, D.O. (2016). Naukovo-praktychnyy komentar do Rozdilu I Osoblyvoyi chastyny Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny (Zlochyny proty osnov natsional'noyi bezpeky Ukrayiny). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

20. Tatsiy, V.Ya. (2016). Ob'yekt i predmet zlochynu v kryminal'nomu pravi Ukrayiny. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
21. Pro veterynarnu medytsynu: Zakon Ukrayiny vid 25.06.1992 r. № 2498-XII. Data onovlennia: 09.05.2016. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2498-12>.
22. Pro zabezpechennya sanitarnoho ta epidemichnoho blahopoluchchya naselennya: Zakon Ukrayiny vid 24.02.1994 r. № 4004-XII. Data onovlennia: 28.12.2015. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4004-12>.
23. Pro zatverdzhennya Klyasifikatsiynykh oznak nadzvychaynykh situatsiy: nakaz MNS Ukrayiny vid 12.12.2012 № 1400. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0040-13/page>.
24. Pro osnovy natsional'noi bezpeky Ukrayiny: Zakon Ukrayiny vid 19.06.2003 r. № 964-IV. Data onovlennia: 07.08.2015. URL: zakon4.rada.gov.ua/laws/show/964-15.
25. Rubashchenko, M.A. (2016). Kryminal'na vidpovidal'nist' za posyahannya na terytorial'nu tsilislisnist' i nedotorkannist'. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
26. Selets'kyi, S.I. (2008). Kryminal'ne pravo Ukrayiny. Osoblyva chastyna. Kyiv: Tsentr uchbovyyi literatury [in Ukrainian].
27. Chorny, R.L. (2013). Systema zlochyniv proty bezpeky derzhavy za Kryminal'nym kodeksom Ukrayiny. *Universytets'ki naukovi zapysky – University scientific notes*, 1, 261–272.
28. Skulysh, Ye.D., Zvonar'ov, O.Yu. (2011). Zlochyny proty osnov natsional'noi bezpeky Ukrayiny. Kyiv: Nauk.-vyd. viddil Nats. akad. SBU [in Ukrainian].
29. Fris, P.L. (2004). Kryminal'ne pravo Ukrayiny. Zahal'na chastyna. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
30. Steblyuk, M.I. (2006). Tsyvil'na oborona. Kyiv: Znannya.
31. Dyakur, M.D., Shevchuk, A.V. (2010). Kryminal'ne pravo Ukrayiny (Osoblyva chastyna). Chernivtsi: TOV «Druk Art».

Klymosiuk A.S., Post Graduate Student of the Department of Criminal Law № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: andyklime@ukr.net ; ORCID 0000-0001-5017-3231

The immediate object of diversion (Article 113 of the Criminal Code of Ukraine)

The article investigates the direct object of diversion (Article 113 of the Criminal Code of Ukraine). It is proposed to determine the proximate object of diversion in relation to each form of its commitment, by determinating the sphere of social relations and the basic social value in such kind of relations, which is protected by art. 113 of the Criminal Code of Ukraine. The provisions of the Law of Ukraine «On the Fundamentals of National Security of Ukraine» of June 19, 2003 are substantiated for the correct conceptual solution of this issue.

The immediate object of diversion should be considered: public relations in the sphere of life safety of many people; public relations in the field of the health security of many people; social relations that ensure the protection of objects in the economic, military and information spheres; public relations in the sphere of territorial security as a special social macro-material value; public relations in the field of the safety of life and health of many people or animals; public relations in the sphere of the safety of life and health of many people; public relations to ensure the protection of objects of the animal world as vital social values in the environmental or economic spheres to which they relate; public relations to ensure the protection of flora objects as vital social values in the environmental or economic spheres to which they relate.

Keywords: bases of national security; diversion; object of diversion.

Надійшла до редколегії 16.05.2017 р.



Копйова Ірина Анатоліївна,
*аспірант кафедри кримінального права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: zinovuyevairina@ukr.net
ORCID 0000-0003-0231-8453.*

doi: 10.21564/2414–990x.137.98556
UDC 343.237

ЗМОВА НА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ЯК ОБОВ'ЯЗКОВА ОЗНАКА СПІВУЧАСТІ

Обґрунтовано визнання змови на вчинення злочину обов'язковою ознакою співучасті. Запропоновано виокремити змову між суб'єктами злочину за відсутності ознак співучасті і змову між співучасниками. Визначено початковий і кінцевий моменти змови для співучасника залежно від його виду. Доведено можливість виникнення співучасті за відсутності виконавця.

Ключові слова: змова на вчинення злочину; співучасть у злочині; виконавець злочину.

Копйова І. А., аспірант кафедри уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: zinovuyevairina@ukr.net; ORCID 0000-0003-0231-8453

Сговор на совершение преступления как обязательный признак соучастия

Обосновано признание сговора на совершение преступления обязательным признаком соучастия. Предложено выделить сговор между субъектами преступления при отсутствии признаков соучастия и сговор между соучастниками. Определены начальный и конечный моменты сговора для соучастника в зависимости от его вида. Доказана возможность возникновения соучастия при отсутствии исполнителя.

Ключевые слова: сговор на совершение преступления; соучастие в преступлении; исполнитель преступления.

Вступ. У теорії кримінального права немає єдності у поглядах учених щодо визнання змови на вчинення злочину обов'язковою ознакою співучасті. Також невирішеним є питання, з якого моменту учасника змови слід визнати виконавцем, організатором, підбурювачем або пособником.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. А. А. Піонтковський (А. А. Piontkovskiy), П. Ф. Тельнов (Р. F. Telnov), М. А. Шнейдер (М. А. Shneyder) визнавали обов'язковою ознакою співучасті угоду на вчинення злочину,

що передбачає взаємну обізнаність співучасників про спільність вчинення ними злочину [1, с. 548–549; 2, с. 44; 3, с. 17]. Натомість М. І. Ковальов (M. I. Kovalov) визнавав угоду змовою, якщо має місце домовленість про спільну злочинну діяльність у майбутньому, і у зв'язку з цим указував, що не є обов'язковою ознакою співучасті попередня угода між співучасниками, бо достатньо лише обізнаності про злочинний характер діяння та наміру виконавця [4, с. 109–110]. П. І. Гришаєв (P. I. Grishaev) та Г. А. Кригер (G. A. Kriger) розглядали угоду як таку, що передбачає обізнаність про злочинний характер наміру та діяння один одного кожним співучасником, а не лише між виконавцем та іншим співучасником [5, с. 44]. Отже, вказані прихильники невизнання угоди обов'язковою ознакою співучасті пов'язували угоду з попередньою домовленістю про вчинення злочину.

Нині послідовниками визнання угоди (змови) на вчинення злочину обов'язковою ознакою співучасті є Ю. В. Абакумова (Yu. V. Abakumova), С. С. Аветисян (S. S. Avetisyan), О. А. Арутюнов (A. A. Arutyunov), М. О. Бабій (N. A. Babij), Г. П. Жаровська (H. P. Zharovs'ka), І. О. Зінченко (I. O. Zinchenko), О. О. Кваша (O. O. Kvasha) [6, с. 76; 7, с. 76–77; 8, с. 85; 9, с. 118; 10, с. 8; 11, с. 206; 12, с. 117].

Протилежну позицію у пострадянські часи відстоював А. А. Тер-Акопов (A. A. Ter-Akopov), зазначаючи про достатність для співучасті взаємної обізнаності декількох осіб про спільну участь у вчиненні злочинного діяння, а також О. В. Шеслер (A. V. Shesler), який ототожнював угоду із попередньою змовою на вчинення злочину [13, с. 139; 14, с. 12].

Метою і завданням статті є вирішення питання про те, чи є змова обов'язковою ознакою співучасті, а також чи завжди учасників змови на вчинення злочину можна визнати співучасниками.

Вклад основного матеріалу. На наше переконання, змова є для співучасті відправною ознакою, тобто такою, за наявності якої злочин набуває ознак співучасті, а отже, є її обов'язковою ознакою. За відсутності змови на вчинення злочину у співучасті має місце лише односторонній суб'єктивний зв'язок, що виключає співучасть. За загальним правилом, наявність попередньої змови між співучасниками означає досягнення ними змови на вчинення злочину у співучасті до його початку, тобто до стадії замаху на його вчинення. Тому досягнення змови з особою, яка вже вчиняє злочин, тобто в перебігу його вчинення, означає, що змова між цими особами є все-таки обов'язковою, хоча і не є попередньою.

У національному кримінальному законодавстві для визначення домовленості про спільне вчинення злочину не використовується поняття «угода». Законодавець застосовує формулювання «підшукування співучасників» та «змова на вчинення злочину» для позначення видів готування до злочину, а також «вчинення злочину групою осіб», коли злочин визнається вчиненим групою осіб без попередньої змови, та «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою». Як зазначає Н. В. Маслак (N. V. Maslak), для наявності

змови на вчинення злочину достатньо лише домовленості двох чи більше суб'єктів злочину про спільне вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого Особливою частиною КК, а у разі планування вчинення злочину або інших спільних дій матиме місце інше створення умов для вчинення злочину, тобто інші види готування. Науковець також вказує, що підшукування співучасників наявне тоді, коли особа лише знаходиться в процесі їх підшукування (наприклад, запропонувала іншій особі виступити пособником, а та відмовилась), а змова ж на вчинення злочину має місце тоді, коли вона дійсно відбулася, тобто інша особа погодилася на пропозицію спільно діяти для вчинення злочину. Н. В Маслак (N. V. Maslak) вважає за необхідне визнавати готуванням до злочину виявлення наміру у вигляді прямої пропозиції разом вчинити злочин [15, с. 38–39, 76].

На наш погляд, угода про вчинення злочину і змова на вчинення злочину за своєю суттю є домовленістю про спільне вчинення злочину, тому їх цілком можна ототожнювати. Погоджуємося, що для визнання вчинення злочину у співучасті з суб'єктивної сторони достатньо встановити взаємну обізнаність співучасників про спільність вчинення одного й того самого злочину та спрямованість зусиль на досягнення єдиного злочинного результату. Однак встановлення такої обізнаності якраз і свідчить про досягнення змови на спільне вчинення злочину. Тобто, з одного боку, змова на вчинення злочину сама по собі передбачає наявність такої взаємної обізнаності, а з іншого, – така взаємна обізнаність свідчить про досягнення змови. Так, наприклад, у роз'ясненнях до ст. 52 Кримінального уложення 1903 р. зазначено, що угода може бути або виражена прямо, шляхом переговорів, як під час вчинення злочинного діяння, так і у час, що йому передував, або вона може бути виражена такою діяльністю, що була б доказом згоди такої особи взяти участь у спільній справі [16, с. 191]. Тобто змова знаходить своє вираження зовні найчастіше в усній домовленості, може бути письмовою або у формі конклюдентних дій шляхом мовчазної згоди, коли один співучасник не заперечує, щоб у вчиненні злочину йому сприяв інший співучасник. У зв'язку з цим варто погодитися з Ю. А. Цветковим (Yu. A. Tsvetkov), що особа, яка заповдіяла смерть іншій особі шляхом пострілу з пістолета, який підкинув їй у кишеню один з її друзів, не знаючи хто конкретно, але будучи обізнаним, що кожен з них бажав смерті цій особі, але не висловлював цього, повинна визнаватися виконавцем, а особа, що підкинула пістолет – пособником, тому що обидві усвідомлювали, що беруть участь в одному й тому самому злочині [17, с. 248]. Підкидання у кишеню пістолета особою засвідчує її намір сприяти вчиненню вбивства іншою особою шляхом надання знаряддя для його вчинення, а постріл з нього засвідчує сприйняття нею виявленого у кишені пістолета не як знахідки, а саме як сприяння у вчиненні вбивства шляхом надання для цього знаряддя вбивства. Сприйняття такого сприяння свідчить про досягнення змови (угоди) між цими особами на вчинення вбивства у співучасті, що зовні виявилася лише у взаємній обізнаності про спільність вчинення ними одного й того самого злочину і спрямованість зусиль на досягнення єдиного

злочинного результату. Однак межі змови на вчинення злочину можуть не вичерпуватися взаємною обізнаністю про спільність вчинення ними одного й того самого злочину і спрямованість зусиль на досягнення єдиного злочинного результату. Така змова може включати взаємну обізнаність співучасників про особу один одного, розподіл ролей між співучасниками або функцій у межах однієї ролі тощо.

Незважаючи на те, що змова є обов'язковою ознакою співучасті, учасників змови на вчинення злочину не завжди можна визнати співучасниками. Вважаємо за доцільне виокремлювати змову між суб'єктами злочину за відсутності ознак співучасті (змова як вид готування до злочину) і змову між співучасниками (співучасть у злочині). Визначення моменту виникнення змови між співучасниками залежить від вирішення питання, з якого моменту учасника змови слід визнати виконавцем, організатором, підбурювачем або пособником: а) з моменту досягнення змови про виконання відповідної ролі або б) з моменту її фактичного виконання.

У теорії кримінального права більшість науковців підставою кримінальної відповідальності за співучасть у злочині визнає вчинення суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, що утворюється з ознак, які зазначені у диспозиції статті Особливої частини КК України (далі – КК), та об'єктивних і суб'єктивних ознак співучасті, що доповнюють відповідну формулу складу злочину. Так, відповідно до ч. 2 ст. 29 КК організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною ст. 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. Аналіз цих положень свідчить, що в діянні організатора, підбурювача або пособника мають бути наявними ознаки діяння, передбаченого частинами 3, 4 або 5 ст. 27 КК.

З цього приводу О. В. Ус (O. V. Us) зазначає, що підбурювання, як діяльність співучасника, є завершеним у випадку, коли досягнуто результат – у підбурюваного виник намір (прагнення, бажання, рішучість) вчинити злочин або взяти участь у спільному його вчиненні. Науковець звертає увагу на те, що законодавець використовує минулий час – «особа, яка схилила», що свідчить про завершеність підбурювання, про «створення» ним особи, готової реалізувати злочинний задум підбурювача. Саме ключове слово «схилила» повинно покласти край суперечкам щодо моменту закінчення діяння цього співучасника [18, с. 35].

Коли в результаті схиляння особа погоджується виконати роль організатора, підбурювача або пособника, але не виконує її (з причин, що не залежали від її волі, або добровільно відмовляється), має місце досягнення змови на вчинення злочину, проте ще не утворюється співучасть, бо ознаки діяння, передбаченого відповідною частиною ст. 27 КК, наявні у діянні лише одного із учасників змови – підбурювача. У такому разі відсутня кількісна ознака співучасті. Наприклад, одна особа схилила іншу особу до виготовлення знаряддя вчинення злочину, а остання відповідно дала обіцянку виготовити його, але не виготовила.

Тоді особа, що схилила до виготовлення знаряддя, вчинила діяння, передбачене ч. 4 ст. 27 КК, а особа, що дала обіцянку виготовити їх, але не виготовила, не може бути визнана такою, що вчинила діяння, передбачене ч. 5 ст. 27 КК. Між цими особами була досягнута змова на вчинення злочину, що передбачена у ч. 1 ст. 14 КК як вид готування до злочину. Однак співучасті ще не утворилося, бо змова при співучасті досягається між двома або більше співучасниками. Тоді як учасники змови на вчинення злочину стають співучасниками за наявності у діянні кожного з них ознак діяння, що передбачене відповідною частиною ст. 27 КК. Отже, особу, яка схилила іншу особу до виконання ролі організатора, підбурювача або пособника, а остання її не виконала, слід визнати учасником змови за відсутності ознак співучасті (змова між суб'єктами злочину) і притягати до відповідальності за готування до злочину, а не за готування до злочину у співучасті.

Таким чином, початковим моментом змови між суб'єктами злочину за відсутності ознак співучасті є виявлення наміру виконати роль організатора, підбурювача чи пособника або схилення особи до її виконання, а кінцевим моментом – момент, коли такий намір був погоджений з іншим учасником змови або, коли особа погодилася виконати відповідну роль, тобто досягнення змови. Якщо змова між суб'єктами злочину не переросла у змову між співучасниками, вони відповідають за досягнення змови на вчинення злочину, тобто за готування до злочину, обумовленого змовою. Для визнання особи організатором, підбурювачем або пособником недостатньо встановлення того, що вона виявила намір виконати відповідну роль або погодилася її виконати внаслідок схилення. Для визнання осіб учасниками змови між співучасниками слід встановити наявність в їх діянні ознак діяння, передбаченого відповідною частиною ст. 27 КК. У зв'язку з тим, що співучастю є участь у вчиненні злочину саме декількох суб'єктів злочину, ознаки такого діяння повинні бути наявними у діянні хоча б двох учасників змови на вчинення злочину. Початковим моментом змови між співучасниками є погодження наміру виконати роль організатора, підбурювача чи пособника з іншим учасником змови або надання згоди її виконати внаслідок схилення, тобто досягнення змови. Кінцевий момент змови між суб'єктами злочину співпадає з початковим моментом змови між співучасниками, що свідчить про переростання змови між суб'єктами злочину у змову між співучасниками. Тоді як кінцевим моментом змови між співучасниками, тобто моментом, з якого вона вважається досягнутою, є вчинення діяння, передбаченого відповідно частинами 3, 4 або 5 ст. 27 КК, тобто виконання кожним учасником змови ролі організатора, підбурювача або пособника, що була погоджена з іншим учасником змови або виконати яку суб'єкт злочину надав згоду. Саме з цього моменту ці учасники змови стають співучасниками.

Вважаємо, що формулювання законодавця у ч. 2 ст. 27 КК «вчинила злочин, передбачений цим Кодексом» свідчить про те, що виконавцем є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину вчинила не лише закінчений злочин, тобто виконала діяння, яке утворює об'єктивну сторону складу злочину, а також

і готування до злочину або замах на нього. Отже, для досягнення змови з боку виконавця не вимагається виконання діяння, що утворює об'єктивну сторону складу злочину, а достатньо погодження наміру здійснити роль виконавця з іншим учасником змови шляхом вчинення останнім діяння, передбаченого відповідною частиною ст. 27 КК, або надання особою згоди у результаті схиляння її виконати. Тобто намір особи здійснити роль виконавця погоджується із організатором, підбурювачем або пособником шляхом створення ними умов для здійснення особою ролі виконавця. Виконавець, який у результаті схиляння до вчинення злочину надав згоду його вчинити, готування до злочину вчиняє вже у співучасті, бо змова на вчинення злочину визначена у ч. 1 ст. 14 КК як вид готування до злочину. При цьому обидві особи виконали діяння, передбачене у відповідній частині ст. 27 КК. Отже, при досягненні змови між виконавцем та підбурювачем, для цих співучасників початковий і кінцевий моменти змови співпадають – це вчинення діяння, передбаченого відповідною частиною ст. 27 КК. У такому разі підбурювач успішно виконав свою роль, а досягнення змови на вчинення злочину засвідчує те, що підбурювач і виконавець вже почали готуватися до злочину у співучасті.

Таким чином, початковим моментом змови виконавця є виявлення ним наміру здійснити роль виконавця або схиляння його до вчинення злочину. Кінцевий момент його змови полягає у погодженні наміру здійснити роль виконавця із співучасником, який виконує іншу роль, шляхом вчинення ним діяння, передбаченого відповідною частиною ст. 27 КК (наприклад, якщо потенційний виконавець звернувся до пособника з проханням виготовити знаряддя для вчинення ним злочину, а останній виготовив його і передав йому), або надання згоди здійснити роль виконавця (наприклад, якщо підбурювач схиляє виконавця до вчинення злочину, а виконавець погоджується з цим). При цьому виконавець може здійснювати також інші ролі, що при кваліфікації його діяння поглинаються роллю виконавця, але підлягають врахуванню при призначенні покарання на підставі ч. 5 ст. 68 КК (наприклад, якщо потенційний виконавець звернувся до пособника з проханням виготовити знаряддя вчинення злочину, а останній виготовив його і передав йому, він є одночасно виконавцем і підбурювачем).

При співучасті у виді співвиконавства не виникає потреба відмежування змови між суб'єктами злочину і змови між співучасниками, бо між співвиконавцями досягається лише одна змова – змова співучасників. Початковим моментом такої змови є виявлення їх наміру спільно виконати діяння, яке утворює об'єктивну сторону складу злочину, або їх схиляння до спільного виконання такого діяння. Тобто ініціатор змови є одночасно підбурювачем і співвиконавцем. Кінцевим моментом змови співвиконавців є погодження такого наміру з іншим співвиконавцем або надання згоди спільно виконати діяння, яке утворює об'єктивну сторону складу злочину.

Не можемо погодитися з думкою М. І. Ковальова (М. І. Kovalev), що за відсутності виконавця немає співучасті у злочині. Вчений зазначав, що було б

безглуздя дії декількох осіб, серед яких немає виконавця, називати співучастю у злочині, хоча якщо немає одного з інших співучасників – підбурювача або пособника, то співучасть цілком можлива [4, с. 99]. На наш погляд, співучасть на стадії готування може виникнути до підшукування виконавця, коли співучасники, вчинивши діяння, передбачене у відповідній частині ст. 27 КК, створили умови для вчинення діяння виконавцем, який перебуває у їх уяві як такий, що з'явиться у майбутньому. Так, наприклад, змова між співучасниками має місце, коли злочин було викрито до підшукування виконавця, однак до факту викриття організатор розробив план, залучив підбурювача для схилання пособника до виготовлення знаряддя вчинення злочину, а пособник, схилений підбурювачем, виготовив знаряддя і передав його організатору. Тобто співучасники можуть до підшукування виконавця створити умови для вчинення злочину, а потім залучити виконавця для виконання діяння, яке утворює об'єктивну сторону складу злочину.

Визначаючи у ст. 26 КК співучасть у злочині як умисну спільну участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину, закон не конкретизує ні стадію його вчинення, ні обов'язкову наявність усіх видів співучасників. Тобто співучастю також можна визнати умисну спільну участь декількох суб'єктів у готуванні до злочину або у замаху на нього. Крім того, власне такі види готування до вчинення злочину, як підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, свідчать про намір особи вчинити злочин у співучасті. Відповідно до положень ст. 16 КК склад готування до злочину утворюється сукупністю ознак, передбачених ст. 14 і тією статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин. Тобто особа підлягає відповідальності за створення умов для вчинення конкретного злочину, тоді як створювати такі умови вона може одноособово або спільно з іншими особами. Причому законодавець не вказує про підшукування виключно виконавця або змову на вчинення злочину виключно за наявності виконавця, тобто особа може підшукувати будь-якого співучасника (наприклад, організатор може підшукувати пособника). Таким чином, змова може досягатися між будь-якими співучасниками до підшукування виконавця. Отже, особа підлягає відповідальності за створення у співучасті умов для вчинення конкретного злочину, а фактична відсутність виконавця (коли співучасники створюють умови для вчинення злочину виконавцем, який з'явиться у майбутньому) не повинна виключати відповідальність за співучасть у готуванні до злочину. У зв'язку з цим не можемо погодитися і з М. О. Бабієм (N. A. Babij), який стверджує, що готуватися до вчинення злочину може лише та особа, яка сама буде безпосередньо вчиняти злочин, тобто виконувати об'єктивну сторону складу злочину, а саме буде його виконавцем [9, с. 675]. Причому М. О. Бабій (N. A. Babij) сам вказує про можливість співучасті до підшукування виконавця, бо на його думку, якщо свою діяльність почав схилений підбурювачем організатор злочину, а пособник зробив свій внесок у майбутню злочинну діяльність, то вони вже почали спільну злочинну діяльність навіть у тому випадку, якщо виконавець злочину

ще фактично не визначений. Те, що немає одного із співучасників або він не повністю виконав свою роль, не впливає на визнання дій інших осіб співучастю. Норми про співучасть підлягають застосуванню з моменту появи у дійсній події сукупності ознак, що характеризують співучасть у злочині, яку законодавець визначив як умисну спільну участь двох або більше осіб у вчиненні умисного злочину [9, с. 682].

Отже, співучасть між особою, яка схилила до виконання ролі організатора, підбурювача або пособника, і особою, яка погодилася її виконати, виникне з моменту, коли вони у співучасті створять умови для вчинення злочину майбутнім виконавцем, тобто з моменту успішного виконання ролі особою, що в результаті схилення погодилася її виконати. Якщо ж злочин було викрито, коли не всі з учасників змови виконали діяння, передбачене частинами 3, 4 або 5 ст. 27 КК, то учасниками змови між співучасниками є лише ті особи, що виконали відповідні діяння, а особи, які такі діяння ще не виконали, будуть учасниками змови між суб'єктами злочину.

На наш погляд, говорити про кінцевий момент змови співучасника у разі схилення особи до виконання відповідної ролі як про прийняття ним пропозиції її виконати є не зовсім точним, бо схилення може супроводжуватися психічним насильством або фізичним насильством, що не утворює стану крайньої необхідності, яке виключає визнання такого схилення пропозицією. Тому краще, як уявляється, говорити про кінцевий момент змови у разі схилення як про надання згоди виконати відповідну роль, що охоплює усі можливі випадки схилення.

Висновки. Таким чином, змова є обов'язковою ознакою співучасті. За її відсутності має місце односторонній суб'єктивний зв'язок, що виключає співучасть. Однак учасників змови на вчинення злочину не завжди можна визнати співучасниками. Слід виокремлювати змову між суб'єктами злочину за відсутності ознак співучасті (змова як вид готування до злочину) і змову між співучасниками. Змова між суб'єктами злочину за відсутності ознак співучасті має місце, коли вони досягли змови на вчинення злочину, але не вчинили, чи один з двох вчинив, а інший – не вчинив (з причин, що не залежали від його волі, або добровільно відмовився) діяння, передбачене відповідною частиною ст. 27 КК. Тоді як змова між співучасниками виникає, коли у діянні хоча б двох учасників змови на вчинення злочину наявні ознаки діяння, передбачені відповідною частиною ст. 27 КК.

Список літератури:

1. Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. Москва: Госюриздат, 1961. 655 с.
2. Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступлении: научное издание. Москва: Юрид. лит., 1974. 208 с.
3. Шнейдер М. А. Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву: монография. Москва: МГЭИ, 1958. 98 с.
4. Ковалев М. И. Соучастие в преступлении. Ч. 1. Понятие соучастия: монография. Свердловск: Уральск. рабочий, 1960. 288 с.

5. Гришаев П. И., Кригер Г. А. Соучастие по советскому уголовному праву: монография. Москва: Госюриздат, 1959. 255 с.
6. Абакумова Ю. В. Институт співучасті в кримінальному праві України: природа, сутність, сучасні проблеми визначення: монографія. Запоріжжя: КПУ, 2012. 320 с.
7. Аветисян С. С. Соучастие в преступлениях со специальным составом: монография. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. 467 с.
8. Арутюнов А. А. Соучастие в преступлении: монография. Москва: Статут, 2013. 408 с.
9. Бабий Н. А. Множественность лиц в преступлении и проблемы учения о соучастии: монография. Москва: Юрлитинформ, 2013. 720 с.
10. Жаровська Г. П. Співучасть у злочині за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2004. 20 с.
11. Зінченко І. О. Співучасть у злочині за кримінальним правом України та Англії: порівняльно-правовий аспект. *Вісн. Націон. ун-ту «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2013. № 3 (14). С. 205–216.
12. Кваша О. О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність: монографія. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. 560 с.
13. Тер-Акопов А. А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве: монография. Москва: ЮРКНИГА, 2003. 480 с.
14. Шеслер А. В. Уголовно-правовые средства борьбы с групповой преступностью: монография. Красноярск: Сибир. юрид. ин-т МВД России, 1999. 75 с.
15. Маслак Н. В. Кримінальна відповідальність за готування до злочину: монографія. Харків: Право, 2010. 232 с.
16. Уголовное уложение от 22 марта 1903 г. / под ред. Н. С. Таганцева. Рига: Лета, 1922. 1624 с.
17. Цветков Ю. А. Проблемы применения института соучастия. Уголовное право. *Актуальные проблемы теории и практики*: сб. очерков / под ред. В. В. Лунеева. Москва: Юрайт, 2010. Очерк 7. С. 244–276.
18. Ус О. В. Кримінальна відповідальність за підбурювання до злочину: монографія. Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. 264 с.

References:

1. Piontkovskiy, A.A. (1961). Uchenie o prestuplenii po sovetskomu ugovnomu pravu. Moscow: Gosjurizdat [in Russian].
2. Telnov, P.F. (1974). Otvetstvennost za souchastie v prestuplenii. Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
3. Shneyder, M.A. (1958). Souchastie v prestuplenii po sovetskomu ugovnomu pravu. Moscow: MGJeI [in Russian].
4. Kovalev, M.I. (1960). Souchastie v prestuplenii. Part 1: Ponjatie souchastija. Sverdlovsk: Ural'sk. rabochij [in Russian].
5. Grishaev, P.I., Kriger, G.A. (1959). Souchastie po sovetskomu ugovnomu pravu. Moscow: Gosjurizdat [in Russian].
6. Abakumova, Yu.V. (2012). Instytut spivuchasti v kryminalnomu pravi Ukrainy: pryroda, sutnist, suchasni problem vyznachennia. Zaporizhzhia: KPU [in Ukrainian].
7. Avetisyan, S.S. (2004). Souchastie v prestupleniyakh so spetsialnym sostavom. Moscow: JuNI-TI-DANA, Zakon i pravo [in Russian].
8. Arutyunov, A.A. (2013). Souchastie v prestuplenii. Moscow: Statut [in Russian].
9. Babij, N.A. (2013). Mnozhestvennost' lic v prestuplenii i problemy uchenija o souchastii. Moscow: Jurlitinform [in Russian].
10. Zharovs'ka, H.P. (2004). Spivuchast' u zlochyni za kryminal'nym pravom Ukrainy. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kiev [in Ukrainian].
11. Zinchenko, I.O. (2013). Spivuchast' u zlochyni za kryminal'nym pravom Ukrainy ta Anhlii: porivnial'no-pravovyj aspekt. *Visnyk Natsional'noho universytetu «Yurydychna akademiia Ukrainy*

imeni Yaroslava Mudroho» – Herald of National University «Yaroslav Mudryi National Law Academy of Ukraine», 3 (14), 205–216 [in Ukrainian].

12. Kvasha, O.O. (2013). Spivuchast u zlochyni: struktura ta vidpovidalnist. Luhansk: RVV LDUVS im. E. O. Didorenka [in Ukrainian].

13. Ter-Akopov, A.A. (2003). Prestuplenie i problemy nefizicheskoy prichinnosti v ugolovnom prave. Moscow: JuRKNIGA [in Russian].

14. Shesler, A.V. (1999). Ugolovno-pravovye sredstva bor'by s gruppovoy prestupnost'ju. Krasnojarsk: Sibirskij juridicheskij institut MVD Rossii [in Russian].

15. Maslak, N.V. (2010). Kryminal'na vidpovidal'nist' za hotuvannia do zlochynu. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

16. Ugolovnoe ulozhenie ot 22 marta 1903 g. N.S. Tagancev (Ed.). (1922). Riga: Leta [in Russian].

17. Tsvetkov Yu.A. Problemy primeneniya instituta souchastiya. *Ugolovnoe pravo. Aktualnye problemy teorii i praktiki – Criminal Law. Current Issues in Theory and Practice*. V. V. Lunev (Ed.). (2010). Moscow: Jurajt, sketch 7, 244–276 [in Russian].

18. Us, O.V. (2007). Kryminal'na vidpovidal'nist' za pidburiuvannia do zlochynu. Kharkiv: Vydavets' FO-P Vapniarchuk N.M. [in Ukrainian].

Копылова І. А., Postgraduate Student of the Department of Criminal law № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: zinovjevairina@ukr.net ; ORCID 0000-0003-0231-8453

Criminal conspiracy as an essential characteristic of complicity

In the article the author substantiated the recognition of the criminal conspiracy as an essential characteristic of complicity. The author made findings that participants of the criminal conspiracy cannot always be recognized as accomplices. As a result the author separated the criminal conspiracy between the subjects of crime without characteristics of complicity from the criminal conspiracy between accomplices. The author drew a conclusion that the participants of the criminal conspiracy become accomplices if an act of each of them has characteristics of an act provided for by the corresponding part of Art. 27 of the Criminal Code of Ukraine. The author substantiated that to achieve the criminal conspiracy of the principal offender is not required to commit an act which forms objective side of actus reus but is enough to coordinate the intent to execute role of the principal offender with another participant of criminal conspiracy by committing this participant an act provided for by the corresponding part of Art. 27 of the Criminal Code of Ukraine or to give consent in consequence of inducement to commit it. If the crime is committed by the co-principal offenders there is no need to separate the criminal conspiracy between the subjects of crime without characteristics of complicity from the criminal conspiracy between accomplices because only one criminal conspiracy can be achieved between the co-principal offenders – the criminal conspiracy between accomplices. The author substantiated that complicity in course of preparation of crime may arise before searching of the principal offender when other accomplices provided conditions for committing a crime and then attracted the principal offender for committing an act which forms objective side of actus reus.

Keywords: the criminal conspiracy; complicity in a crime; the principal offender.

Надійшла до редколегії 11.04.2017 р.



Базелюк Вікторія Володимирівна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: Basilyukv@gmail.com
ORCID 0000-0001-5223-8633

Витвіцька Олександра Сергіївна,
студентка 5-го курсу,
Національний юридичний
університет імені Ярослава
Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: vitvsasha@yandex.ua

doi: 10.21564/2414–990x.137.102701
УДК 343.59

СОЦІАЛЬНО–ЕКОНОМІЧНІ ТА НОРМАТИВНІ ФАКТОРИ ВСТАНОВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСЯГАННЯ НА КУЛЬТУРНІ ЦІННОСТІ

Досліджено соціально-економічні та нормативні фактори встановлення кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини. Проаналізовано міжнародні та національні нормативно-правові акти у сфері охорони культурних цінностей.

Ключові слова: соціально-економічні фактори; нормативні фактори; кримінальна відповідальність; культурні цінності; об'єкти археологічної та культурної спадщини; незаконні археологічні розкопки.

Базелюк В. В., кандидат юридических наук, асистент кафедри уголовного права, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков.
e-mail: Basilyukv@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5223-8633

Витвіцька А. С., студентка 5-го курсу, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков.
e-mail: vitvsasha@yandex.ua

Социально-экономические и нормативные факторы установления уголовной ответственности за посягательства на культурные ценности

Исследуются социально-экономические и нормативные факторы установления уголовной ответственности за незаконное проведение поисковых работ на объекте археологического наследия, уничтожение, разрушение или повреждение объектов культурного наследия. Анализируются международные и национальные нормативно-правовые акты в сфере охраны культурных ценностей.

Ключевые слова: социально-экономические факторы; нормативные факторы; уголовная ответственность; культурные ценности; объекты археологического и культурного наследия; незаконные археологические раскопки.

Постановка проблеми. Дослідження соціально-економічних і нормативних факторів встановлення кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298 Кримінального кодексу України; далі – КК) ще не проводилося. Окрім того, положення, що у 2010 р. закріплені в ч. 1 ст. 298 КК (незаконне проведення археологічних розвідок, розкопок, інших земляних чи підводних робіт на об'єкті археологічної спадщини), є новелою українського законодавства, що також потребує додаткового наукового аналізу.

Стан розроблення проблеми. Проблеми кримінальної відповідальності за посягання на культурні цінності розглядалися в роботах таких учених, як В. І. Акуленко, Р. В. Асейкін, Є. П. Гайворонський, Т. Г. Каткова, В. В. Кузнецов, Є. І. Кузьменко, Т. В. Курило, В. А. Ломако, П. С. Матишевський, М. О. Міщенко, В. О. Навроцький, Б. М. Одайник, І. Г. Поплавський, О. С. Сотула, О. В. Усенко та ін.

Мета статті – виявити соціально-економічні та нормативні фактори встановлення кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298 КК).

Викладення основного матеріалу. Соціальні фактори встановлення кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини виражають суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення такої відповідальності, тобто принципи, які забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її допустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, а також відповідність кримінально-правової норми рівню, характеру суспільної свідомості і стану громадської думки [1, с. 210].

Для виявлення соціально-економічних чинників криміналізації посягань на культурні цінності спочатку з'ясуємо, яку ж саме користь приносять суспільству останні.

Протягом усієї історії людства існувало й існує багато цивілізацій, головним елементом яких завжди була культура. Вона – складний суспільний фено-

мен, який відіграв і продовжує відігравати величезну роль у життєдіяльності людини, впливаючи на працю, побут, дозвілля, менталітет, спосіб життя як усього суспільства, так і окремої особистості. Культура – це не тільки досягнення минулого, багато в чому вона визначає сьогодення і майбутнє всього людства. Засвоєння культури – важлива запорука людської цивілізації, збереження загальнолюдських цінностей [2, с. 6].

Як зазначає Є. І. Кузьменко, культурна спадщина відіграє особливу роль у житті суспільства. Вона має величезне значення для розвитку науки, мистецтва, господарства країни та інших сфер соціального життя. Різноманітні споруди, комплекси, їхні частини, природно-антропогенні або створені людиною об'єкти, що мають історичну, мистецьку, наукову, художню або іншу цінність дають змогу більше дізнатися про діяльність попередніх поколінь, дозволяють зазирнути у глибину століть, простежити різні етапи розвитку нашої держави та забезпечити спадкоємність культурних традицій народу [3, с. 23].

Особлива стурбованість держави рівнем охорони об'єктів культурної спадщини виявляється у програмних документах уряду. Серед нормативних актів, що визначають спрямованість державної політики у сфері охорони культурної спадщини, слід відмітити Загальнодержавну програму збереження та використання об'єктів культурної спадщини на 2004-2010 роки, в якій наголошувалося, що збереження і примноження культурних цінностей належать до пріоритетних напрямів політики держави у сфері культури. Відповідно до ратифікованих Верховною Радою України міжнародних конвенцій у Програмі зазначалося, що охорона культурної спадщини є міжнародно-правовим зобов'язанням нашої держави перед світовою спільнотою. Мета зазначеного нормативного акта полягала у створенні більш сприятливих умов для розвитку сфери охорони культурної спадщини, забезпечення належного рівня збереження та використання об'єктів культурної спадщини в суспільному житті. Основними завданнями Програми було забезпечення державного обліку та контролю за збереженням і використанням об'єктів культурної спадщини; сприяння залученню інвестицій у діяльність щодо збереження, реставрації, реабілітації і використання пам'яток; створення розвинутої інфраструктури науково-дослідних, проектних, реставраційних, реабілітаційних та інших організацій у цій сфері; удосконалення законодавчого забезпечення охорони та використання об'єктів культурної спадщини; удосконалення управління у сфері охорони культурної спадщини; створення системи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації кадрів для наукової, проектної та виробничої діяльності у сфері охорони культурної спадщини; сприяння залученню об'єктів культурної спадщини до національних та світових туристичних маршрутів; подальший розвиток міжнародного співробітництва у сфері охорони культурної спадщини [4]¹.

Стурбованість рівнем охорони об'єктів культурної спадщини також часто відображається у різних зверненнях і заявах фахівців у галузі археології. Так,

¹ Незважаючи на те, що термін дії цієї Програми добіг кінця у 2010 р., деякі її положення використовуються й досі.

Спілка археологів України висловила свою підтримку археологам Росії, котрі виступили з відкритим листом Президенту і Прем'єр-Міністру РФ «Археологічна спадщина має належати народам Росії, а не мародерам, перекупникам і «колекціонерам»» [5]. Археологи України повністю солідарні з необхідністю впровадження жорстких заходів зі збереження національного надбання народів країн СНД, в яких після розпаду Радянського Союзу пам'ятки культури і безпосередньо археології стали об'єктом збагачення окремих громадян, які прагнуть не їх збереження, а мають із цього зиск. В Україні, так само як і в Росії, пограбування пам'яток археології сягнуло величезних масштабів. Уведення в законодавство України статей, які мали б створити перепони пограбуванню і руйнуванню пам'яток археології, не стало ефективним з огляду на відсутність необхідних механізмів їх реалізації. Культурна й археологічна спадщина має охоронятися державою і належати народу [6].

Як стверджують дослідники, в Україні з року в рік зростають кошти субвенції державного бюджету на пам'ятко-охоронну справу. За рахунок цих коштів здійснювалися реставраційні роботи у центрі м. Львова, смт. Батурині, протизсувні та реставраційні роботи у Києво-Печерській лаврі. Субвенцію було спрямовано також на об'єкти культурної спадщини Вінницької, Волинської, Запорізької, Івано-Франківської, Кіровоградської, Сумської, Хмельницької, Чернігівської, Черкаської областей та м. Севастополя.

Безперечно існує багато проблем, які впродовж років накопичувались у сфері охорони культурної спадщини і потребують свого розв'язання. Недостатнє фінансування заходів з охорони пам'яток протягом кількох десятиліть призвело до значного їх погіршення. На підставі моніторингу стану пам'яток встановлено, що в окремих регіонах до 50 % будівель – об'єктів культурної спадщини – перебуває в незадовільному стані, а кожний десятий – в аварійному. Термінові протиаварійні та консерваційні роботи необхідно провести більш як на 300 пам'ятках архітектури національного значення. Їх кількість постійно зростає, незважаючи на те, що державні видатки на охорону культурної спадщини щорічно збільшуються. Орієнтовна вартість лише першочергових протиаварійних і найнеобхідніших ремонтно-реставраційних та консерваційних робіт становить близько 600 млн грн. [7].

Для встановлення доцільності існування кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини важливим є фактор існування в Україні великої кількості об'єктів історико-культурної спадщини. Наша держава є однією із провідних країн Європи за кількістю таких пам'яток. На державному обліку в Україні знаходиться понад 130 тис. нерухомих пам'яток історії та культури, серед них: пам'яток археології – 57 206; пам'яток історії – 51 364; пам'яток монументального мистецтва – 5 926; пам'яток архітектури та містобудування 16 800. Значна кількість пам'яток історії (понад 12 млн) зберігається у фондах українських музеїв. Саме музеї на сьогодні є одним із головних соціальних інститутів, які виконують функцію формування

історичної пам'яті українського народу, донесення до всіх українців і особливо молоді знань про минуле [8].

У нашій державі правовою основою регулювання суспільних відносин є Конституція України. У ній зазначено, що держава сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури (ст. 11). Загальне положення щодо правової охорони культурної спадщини та культурних цінностей містить розділ II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Серед інших прав закріплено право людини і громадянина на культурну спадщину та культурні цінності. В Основному Законі України стверджується, що культурна спадщина охороняється законом, держава забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, що становлять культурну цінність, вживає заходів для повернення в Україну культурних цінностей народу, які знаходяться за її межами (ст. 54). Конституція України встановлює обов'язок людини і громадянина не заподіювати шкоду культурній спадщині (ст. 66). Визначено також і засади діяльності органів державної влади у галузі культурного будівництва, охорони і використання пам'яток історії (статті 85, 116, 119, 138, 143).

Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298 КК України), є своєрідною юридичною гарантією правореалізації конституційних прав та обов'язків людини і громадянина стосовно культурних цінностей. При характеристиці соціальної обумовленості досить важливе значення має встановлення відповідності кримінально-правової норми положенням Конституції. Тому необхідним є виявлення відсутності суперечностей між статтями Кримінального кодексу України та нормами Основного Закону. Окрім того, КК України повинен відображати реалізацію проголошених Конституцією принципів та положень [9, с. 6–7]. Ретельний аналіз ст. 298 КК дає підстави стверджувати, що вона не суперечить Основному Закону нашої держави та обґрунтовано доповнює положення останнього щодо охорони суспільних відносин у сфері культурної спадщини.

Суттєве значення серед нормативних факторів мають міжнародні нормативно-правові акти. Про їх пріоритет стосовно національного законодавства зазначено в Конституції України.

Так, Гаазька конвенція «Про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту» від 14 травня 1954 р., яка була ратифікована СРСР 5 квітня 1957 р. стала першим міжнародним правовим документом про охорону культурних цінностей у світовому масштабі. Як слушно зазначив В. І. Акуленко, ця Конвенція зробила проблеми культури складовою міжнародних відносин, ввела в юридичний обіг поняття «культурна спадщина людства» [10, с. 59–63]. Конвенція 1954 р. ґрунтується на загальновизнаних міжнародних принципах гуманізму, недоторканності культурної спадщини. Пріоритетним серед них є принцип поваги до прав людини у сфері культури, який виражається у забезпеченні збереження культурної спадщини всього людства для нинішнього та майбутніх поколінь. У зазначеному міжнародному акті закріплено також принцип

охорони і поваги культурних цінностей у мирний час і захисту у разі збройного конфлікту. Цей принцип включає поважання культурних цінностей сторонами на власній території і на території інших країн; недопущення проти них будь-яких актів, що можуть призвести до руйнування чи пошкодження у разі збройного конфлікту; крадіжок, пограбувань або незаконного привласнення, а також актів вандалізму, реквізиції рухомих культурних цінностей на окупованій території (ст. 4). Цією статтею також заборонено використання споруд, що віднесені до культурних цінностей, для захисту і безпосередньо прилеглих до них ділянок, що може призвести до руйнування чи пошкодження цих цінностей у випадку збройного конфлікту. Конвенцією було визначено об'єкт міжнародного захисту культурних цінностей у разі збройного конфлікту. Це культурні цінності кожного народу, рухомі або нерухомі, незалежно від походження, власника, що складають культурну спадщину всього людства, збереження яких має велике значення для всіх народів світу [11]. Держави, які підписали Конвенцію, взяли на себе зобов'язання застосовувати в рамках свого національного законодавства всі заходи, необхідні для того, щоб були виявлені та піддані кримінальним чи дисциплінарним санкціям особи, незалежно від їх громадянства, які порушили чи наказали порушити дану Конвенцію [11].

Таким чином, прийнята під егідою ЮНЕСКО Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 р. стала першим універсальним міжнародно-правовим документом про охорону культурних цінностей. Цим актом було започатковано кодифікацію міжнародного права щодо збереження і охорони культурних цінностей.

Тенденція щодо розширення сфери регулювання відносин між державами стосовно охорони і використання культурних цінностей, ввезення, вивезення і повернення незаконно переміщених культурних цінностей, поваги прав людини і народу на культурні надбання знайшла підтвердження у наступних універсальних міжнародно-правових документах ЮНЕСКО: Конвенція про заходи, спрямовані на заборону і запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності від 14 листопада 1970 р., яка була ратифікована СРСР 10 лютого 1988 р.; Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини від 16 листопада 1972 р., ратифікована СРСР 4 жовтня 1988 р. Ці конвенції виступають як кодифіковані договори, підготовлені міжнародною організацією. Названі договори є офіційною систематизацією чинних міжнародно-правових норм. У них відображена розробка нових норм відповідно до предмета міжнародно-правового регулювання, здійснена з метою створення внутрішньо узгоджених значних правових актів чи навіть їх комплексів. Це суттєвий фундамент розвитку міжнародного права взагалі та міжнародного права охорони культурних цінностей зокрема [12, с. 109].

Зауважимо, що названі конвенції також прямо вказують на необхідність юридичної відповідальності, зокрема адміністративної та кримінальної, за посягання на культурні цінності.

Інші міжнародні документи, що стосуються охорони культурного надбання, мають більш декларативний характер, констатуючи принципи і спонукаючи уряди розпочати якісь дії щодо визнання та задоволення різноманітних культурних прав [13, с. 19–20]. До таких документів можна віднести, зокрема, Декларацію ЮНЕСКО про принципи міжнародного культурного співробітництва (1966), Декларацію Мехіко з політики в галузі культури (1982), Універсальну декларацію ЮНЕСКО про культурне різноманіття (2001).

На розвиток і конкретизацію засад, закріплених Конституцією України та міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, було прийнято закони України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» від 24 грудня 1993 р., «Про музеї і музейну справу» від 29 червня 1995 р., «Про бібліотеки і бібліотечну справу» від 27 січня 1995 р., «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21 вересня 1999 р., «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р., «Про охорону археологічної спадщини» від 18 березня 2004 р. Вони становлять достатньо розгалужену систему національного законодавства, що регулює суспільні відносини у сфері охорони культурної спадщини та культурних цінностей [14, с. 143].

Висновки. Підсумовуючи, слід підкреслити, що соціально-економічні фактори встановлення кримінальної відповідальності за діяння, передбачені ст. 298 КК, виражають суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення такої відповідальності. Археологічна та культурна спадщина відіграє значну роль у житті суспільства. Вона впливає на розвиток науки, мистецтва, господарства країни та інших сфер соціального життя. Але збереження і підтримання у належному стані пам'яток культури та архітектури потребує від суспільства постійної уваги і значних коштів.

Нормативні фактори встановлення кримінальної відповідальності за посягання на культурні цінності являють собою систему правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері охорони археологічної та культурної спадщини. Основними такими нормативними актами є Конституція України, міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України та власне закони України у галузі охорони культурних цінностей.

Список літератури:

1. Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / отв. ред.: В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. Москва: Наука, 1982. 302 с.
2. Асейкін Р. В. Необхідність кримінально-правової охорони національної культурної спадщини в Україні. *Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні*: матеріали всеукр. наук. конф. ад'юнктів, аспірантів та здобувачів (м. Львів, 28 верес. 2007 р.). Львів. 2007. С. 6–8.
3. Кузьменко Є. І. Предмет злочинного посягання на пам'ятки – об'єкти культурної спадщини. *Адвокат*. 2009. № 3 (102). С. 23–25.
4. Загальнодержавна програма збереження та використання об'єктів культурної спадщини на 2004–2010 роки: Закон України від 20.04.2004 р. № 692-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 32. Ст. 390.

5. Археологическое наследие должно принадлежать народам России, а не мародерам, перекупщикам и «коллекционерам». Открытое письмо Президенту и Премьер-министру Российской Федерации. URL: http://www.vgosau.kiev.ua/2_sau_mizhnar_spivrob.html. (дата звернення: 15.02.2013).

6. Заява Всеукраїнської громадської організації «Спілка археологів України». URL: http://www.vgosau.kiev.ua/2_sau_mizhnar_spivrob.html. (дата звернення: 12.02.2014).

7. Малімон В. І. Стан культурної сфери та особливості здійснення державної політики у сфері культури в умовах глобалізації. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/apdu/2009-1/doc/2/18.pdf>. (дата звернення: 11.04.2017).

8. Чупрій Л. В. Стан та проблеми музейної справи в Україні. URL: <http://narodna.pravda.com.ua/culture/4c0133b629439/>. (дата звернення: 11.04.2017).

9. Борисов В. І. Відповідність кримінального закону конституційним принципам здійснення правосуддя в Україні. *Юридичний вісник України*: Загальнонаціональна правова газета. 2009. 28 листоп.–4 грудн. (№ 48 (752)). С. 6–7.

10. Акуленко В. І. Не повинні гинути! (Реалізація норм міжнародного гуманітарного права в законодавстві України про захист культурних цінностей). *Політика і час*. 1995. № 9. С. 59–63.

11. Про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту: Конвенція від 14.05.1954 р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_157. (дата звернення: 13.04.2017).

12. Литовченко Л. А. Становлення міжнародного права охорони культурних цінностей (кінець XIX – середина XX століть). *Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутр. справ*: зб. наук. пр. Дніпропетровськ, 2002. № 2 (8). С. 95–110.

13. Кузьменко Є. І. Міжнародно-правові основи нормативного забезпечення відповідальності за знищення, руйнування або пошкодження пам'яток – об'єктів культурної спадщини. *Адвокат*. 2009. № 2 (101). С. 18–21.

14. Литовченко Л. А. Основні засади законодавства України про охорону культурної спадщини. *Науковий вісник Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*: зб. наук. пр. / Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. Дніпропетровськ, 2007. № 4 (35). С. 138–148.

References:

1. Kudryavcev, V.N., Yakovlev, A.M. (1982). Osnovanie ugovovno-pravovogo zapreta (kriminalizacija i dekriminalizacija). Moscow; Nauka [in Russian].

2. Asejkin, R.V. (2007). Neobhidnist kriminalno-pravovoi ohoroni nacionalno kulturnoi spadshini v Ukraini. *Problemi pravovoi reformi ta rozbudovi gromadjanskogo suspilstva v Ukraini*: materialy vseukr. nauk. konf. adjunktiv, aspirantiv ta zdobuvachiv. Lviv. 6–8 [in Ukrainian].

3. Kuzmenko, E.I. (2009). Predmet zlochinnogo posjagannja na pamjatki – objekti kulturnoi spadshini. *Адвокат*, 3 (102), 23–25 [in Ukrainian].

4. Zagalnoderzhavna programa zberezhennja ta vikorustannja objektiv kulturnoi spadshini na 2004–2010 roki: Zakon Ukrainy vid 20.04.2004 r. № 692-IV. *Vidomosti Verhovnoi Radu Ukrainy*. (2004); 32; art. 390.

5. Arheologicheskoe nasledie dolzhno prinadlezhat narodam Rossii, a ne maroderam, perekupshikam i «kollektioneram». The letter to the President and Prime Minister of Russian Federation. URL: http://www.vgosau.kiev.ua/2_sau_mizhnar_spivrob.html (the date of appeal: 15.02.2013) [in Russian].

6. The statement of the Ukrainian civil organization «Association of the archaeologists of Ukraine». URL: http://www.vgosau.kiev.ua/2_sau_mizhnar_spivrob.html (date of appeal: 12.02.2014) [in Russian].

7. Malimon, V.I. (2009). Stan kulturnoi sphere ta osoblivosti zdisnennja derzhavnoi politiki u sferi kulturi v umovah globalizaciji. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/apdu/2009-1/doc/2/18.pdf> (date of appeal: 11.04.2017) [in Ukrainian].

8. Chuprij, L.V. Stan ta problemi muzejnoi spravi v Ukraini. URL: <http://narodna.pravda.com.ua/culture/4c0133b629439/>. (date of appeal: 11.04.2017) [in Ukrainian].

9. Borisov, V.I. (2009). Vidpovidnist kriminalnogo zakonu konstitucijnim principam zdijsnennja pravosuddja v Ukraini. *Juridichnij visnik Ukraini: Zahal'nonatsional'na pravova hazeta*, 48 (752), 6–7 [in Ukrainian].

10. Akulenko, V.I. (1995). Ne povinni gnuti! (Realizatsiya norm mizhnarodnoho humanitarnoho prava v zakonodavstvi Ukrayiny pro zakhyst kul'turnykh tsinnostey). *Politica i chas*, 9, 59–63 [in Ukrainian].

11. Pro zahist kulturnih cinnostej u vipadku zbrojnogo konfliktu: Convention from 14.05.1954. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_157. (date of appeal: 13.04.2017) [in Ukrainian].

12. Litovchenko, L.A. (2002). Stanovlennj mizhnarodnogo prava ohoroni kulturnih cinnostej (kinec XIX – seredina XX stolittja). *Naukovij visnik Juridichnoi akademii Ministerstva vnutr. sprav. Dnipropetrovs'k*, 2 (8), 5–110 [in Ukrainian].

13. Kuzmenko, E.I. (2009). Mishnarodno-pravovi osnovu normativnogo zabespechennja vidpovidalnosti za znushennja, rujnuvannja abo poshkodgennja pamjatok-obektiv kulturnoi spadshini. *Advokat*, 2 (101), 18–21 [in Ukrainian].

14. Litovchenko, L.A. (2007). Osnovni zasady zakonodavstva Ukrayiny pro okhoronu kul'turnoyi spadshchyny. *Naukovij visnik Dnipropetrovskogo derzhavnogo universitetu vnutrennih sprav. Dnipropetrovs'k*, 4 (35), 138–148 [in Ukrainian].

Bazeliuk V.V., PhD in Law, assistant Department of Criminal Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: Basilyukv@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5223-8633

Vytoivtska O.S., student of the 5th year, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: vitvsasha@yandex.ua

Socio-economic and regulatory factors of establishing criminal liability for infringement of cultural property

The article investigates the social, economic and regulatory factors establishing criminal responsibility for attacks on cultural values.

Socio-economic factors to establish criminal liability for acts under Art. 298 of the Criminal Code of Ukraine expressed the need for social and political expediency of establishing such liability. Archaeological and cultural heritage plays an important role in society. It affects the development of science, art, economy and other spheres of social life. But the preservation and maintenance of the monuments of culture and architecture society requires constant attention and considerable resources.

Regulatory factors establishing criminal responsibility for attacks on cultural values represent a system of legal acts regulating social relations in the sphere of archaeological and cultural heritage. The main such regulations is the Constitution of Ukraine, international treaties ratified by the Parliament of Ukraine and laws of Ukraine in the field of cultural values.

Keywords: socio-economic factors; normative factors; criminal responsibility; cultural values; objects of the archaeological and cultural heritage; illegal archaeological excavations.

Надійшла до редакції 11.05.2017 р.



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

doi: 10.21564/2414–990x.137.94605
УДК 343.91 (477)

МОРАЛЬНО–ПСИХОЛОГІЧНІ ОЗНАКИ ЗЛОЧИНЦЯ–ІМІГРАНТА В УКРАЇНІ

На основі результатів емпіричного дослідження та анкетування працівників правоохоронних органів дано характеристику морально-психологічних ознак особистості злочинця-іноземця та злочинця-апатрида. Особливу увагу приділено етнопсихологічним рисам національності злочинця. Зроблено спробу виявити можливий зв'язок між національністю особи та видом злочину, який вона вчиняє. Розглянуто проблему соціальної самоідентифікації іммігранта у чужій для нього державі, зокрема, її ціннісний компонент.

Ключові слова: злочинність іноземців та осіб без громадянства; морально-психологічні ознаки особистості злочинця; етнопсихологічні особливості національності злочинця.

Калініна А. В., младший научный сотрудник, Научно-исследовательский институт изучения проблем преступности имени академика В. В. Сташиса Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Харьков.
e-mail: alina.kalinina@ukr.net ; ORCID 0000-0001-8015-0807

Морально-психологические признаки личности преступника-иммигранта в Украине

На основе результатов эмпирического исследования и анкетирования сотрудников правоохранительных органов дано характеристику морально-психологических признаков личности преступника-иностранца и преступника-апатрида. Особенное внимание уделяется этнопсихологическим чертам национальности преступника. Сделана попытка выявить возможную связь между национальностью лица и видом преступления, совершаемого им. Рассмотрена проблема социальной самоидентификации иммигранта в чужом для него государстве, в частности, её ценностный компонент.

Ключевые слова: преступность иностранцев и лиц без гражданства; морально-психологические признаки личности преступника; этнопсихологические особенности национальности преступника.

Постановка проблеми. Світова тенденція інтенсифікації міждержавних міграційних потоків має своїми наслідками не лише позитивні для низки держав

зміни, а й певні ризики. Одним із таких ризиків є підвищення рівня злочинності, у тому числі за рахунок «поповнення» рядів злочинців іммігрантами.

Зазвичай іммігрант певним чином виокремлюється серед інших громадян держави. Це можуть бути особливості його зовнішності, мовлення, поведінки та ін. Злочинець, який має статус іноземця або особи без громадянства, у цьому разі також не є винятком. Особливої уваги заслуговують морально-психологічні ознаки таких осіб, оскільки саме через них розкривається внутрішній світ злочинця, що сприяє створенню більш детального портрета цієї категорії правопорушників, і, відповідно, розробленню ефективніших заходів запобігання злочинності.

Стан розроблення проблеми. Проблема злочинності іммігрантів (іноземців та осіб без громадянства) частково вже досліджувалася такими вітчизняними ученими, як О. М. Джу́жа, О. Ф. Долженков, Д. С. Мельник, А. П. Мозоль, Й. П. Осецький, Ю. О. Стрелковська, В. В. Шаповалов та ін. Однак особливості особистості таких злочинців досліджувалися ними не комплексно, а лише у ракурсі певної проблеми.

Метою статті є морально-психологічна характеристика особистості злочинця-іммігранта, який має статус громадянина іншої держави або особи без громадянства в Україні, а також виявлення можливого зв'язку між належністю особи до певної національності та виду злочину, який нею вчиняється.

Виклад основного матеріалу. Морально-психологічні риси злочинця, поряд із соціально-демографічними і кримінально-правовими, є третьою групою ознак кримінологічної характеристики особистості злочинця-іноземця і злочинця-апатрида. Цей блок ознак найбільше допомагає досліднику скласти уявлення про внутрішній світ злочинця. Адже, як зазначав А. Ф. Зелінський, особистість як суб'єкт діяльності, – поняття перш за все психологічне [1, с. 29]. А оскільки у запропонованому контексті іноземці та особи без громадянства розглядаються саме як суб'єкти протиправної діяльності, аналіз морального і психологічного аспектів їх особистості значно доповнить узагальнені портрети таких злочинців.

Серед морально-психологічних ознак кримінологи виділяють декілька змістовно важливих підгруп: рівень світогляду (погляди особи, її переконання, звички, установки, очікування та ін.); інтелектуальні властивості (рівень розумового розвитку, обсяг знань, життєвий досвід, обмеженість або, навпаки, широта поглядів, їх спрямованість, різноманітність інтересів тощо); ціннісні орієнтації людини і соціально-значущі моральні риси і властивості, які належать до числа «глибинних» особистісних характеристик; емоційно-вольові якості (стан волі, темперамент, характер, ініціативність, енергійність або лабільність, почуття, емоції тощо), психофізіологічні властивості (природжені й придбані властивості психіки, тілесна організація людини, у тому числі фізичні аномалії) [2, с. 226].

Якщо соціально-демографічні та кримінально-правові ознаки аналізуються в рамках «об'єктивних» характеристик особистості злочинця, то потребо-мотиваційна сфера і ціннісно-нормативна характеристика свідомості – це аналіз

її «суб'єктивних» рис [3, с. 340]. Саме у «суб'єктивності» зазначених ознак і полягає основна проблема дослідження морально-психологічного аспекту особистості злочинця. Адже внутрішній світ кожного індивіда є унікальним і неповторним. У кримінології висловлена думка, і з якою ми цілком погоджуємося, що вибір поведінки залежить від світогляду особи та її моральних устоїв, адже кожному вибору передують потреба, мотив і мета діяльності, а вони, у свою чергу, засновані на тому суспільному ідеалі, який міститься у свідомості людини. Сам ідеал детермінований існуючою культурою, характером цивілізації, до якої належить людина, та її здатністю зрозуміти сенс людського буття [4, с. 126].

З огляду на полінаціональну специфіку злочинності іноземців і апатридів вважаємо за доцільне розпочати морально-психологічну характеристику цих осіб із етнопсихологічних особливостей націй. Як зазначає О. Г. Спіркін, кожна нація має свій неповторний духовний обрис і національний характер, що пов'язано із особливостями історичного минулого, її виникнення та розвитку, своєрідністю економічного устрою, культури, географічного та економічного середовища, побуту, традицій [5, с. 578]. Наявність національної психології відзначав і Г. Гегель: «Можна помітити, що національна психологія має дивовижну стійкість: араби, наприклад, і в наш час всюди виявляють себе так, як їх описували в стародавні часи» [6, с. 76].

Про роль національного характеру у поведінці громадян інших держав (і злочинній зокрема) неодноразово йшлося й у кримінологічних дослідженнях. Першопрохідцем у цьому питанні є Ч. Ломброзо.

Аналізуючи вплив належності особи до того чи іншого етносу на вчинення того чи іншого виду злочинів, він дійшов висновку, що такі дані «не відрізняються позитивністю»: «Нам відомо, наприклад, що значна частина лондонських крадіїв – це ірландці або уродженці Ланкаширу. ... У Росії ... більшість крадіїв у столиці виявляється родом переважно з Бессарабії ... край цей дає найбільший відсоток засуджених. Тут можна спостерігати, як злочинність переходить від родини до родини. У Німеччині місцевості, в яких знаходяться циганські колонії, особливо багаті на жінок-крадійок ...» [7, с. 27].

І хоча Ч. Ломброзо зазначав, що етнічний вплив часто не може бути виражений за допомогою цифр, оскільки його визначення засноване на кримінальній статистиці, яка є сукупністю досить складних факторів, що не дають можливості робити з них певні висновки [7, с. 30], він все ж проводив певні паралелі між національною належністю і здібностями до учинення певних видів злочинів.

Та це дослідження XIX ст. У наш час також робляться спроби виявити, наприклад, чи то підвищений криміногенний потенціал представників яких-небудь націй, чи види «національної злочинності». Зокрема, американський кримінолог Дж. Раштон намагався віднайти зв'язок між належністю особи до певної раси та видом учинюваного злочину. Він вважав, що темношкірі афроамериканці більш схильні до учинення насильницьких злочинів, ніж вихідці з Європи. У європейців, у свою чергу, відсоток цих злочинів вище, ніж у азійських народів. Він пояснював це саме властивими різним расам особливостями [8, с. 40–44].

Деякі кримінологи намагаються пов'язати явище злочинності з поняттями ментальності, національного менталітету.

Не вдаючись до аналізу дискусії щодо співвідношення понять «ментальність» та «менталітет», зазначимо, що ментальність можна визначити як стійкий спосіб специфічного світосприйняття, характерний для великих груп людей (етносів, націй, соціальних прошарків), що обумовлює особливість їх реагування на явища оточуючої дійсності і поєднує людей у соціальні та історичні спільноти. Вона більшою мірою реалізується у певних формах поведінки і переживається емоційно. Ментальність об'єднує раціональне та інтуїтивне, суспільне та індивідуальне, усвідомлене і неусвідомлене. Процес її формування триває століттями. Також залежно від традицій культури, соціальних структур і усього середовища життєдіяльності людини вона і сама їх формує як важливий чинник культурно-історичної динаміки [9, с. 141].

У сучасній соціології розрізняють два типи ментальності: «східний» («не західний») та «західний».

Здійснюючи психологічне дослідження осіб (а саме специфіку когнітивних процесів), що належать до «східної» та «західної» культур, американські вчені дійшли таких висновків. У першій із них континуальність розглядається як принципова властивість світу, а в другій – він уявляється дискретним, створеним із відокремлених об'єктів. У першій не поширена формальна логіка, проте використовується холистичний підхід і «діалектична» аргументація, яскравіше виражена терпимість до суперечностей. Другій більш властиве аналітичне мислення, посилена увага до окремого об'єкта, ніж до цілісності. У «західній» ментальності поведінка особи пояснюється її належністю до певної категорії осіб та її власними особливостями. І навпаки, носії «східної» культури вважають: ніщо в природі не є ізольованим та все взаємопов'язане, тому ізоляція елементів від цілого може призвести лише до помилок [10, с. 11163–11170].

Особи, які мають «західну» ментальність, частіше обирають раціональні, логічно обгрунтовані шляхи вирішення проблем, ніж індивіди, які належать до «не західної» ментальності: за необхідності обрання шляхів поведінки перші частіше схвалюють формальний, раціональний, а другі – інтуїтивний шлях [11, с. 7].

Р. Ямамото, розглядаючи злочинність іммігрантів-іноземців у Японії, акцентує увагу на асоціації представників певних національностей із особливими видами злочинів. Наприклад, шахрайство із використанням кредитних карток («скімінг»), крадіжки зі зломом замків та кишенькові крадіжки характерні для груп крадіїв китайської національності; торгівля незаконно виготовленими телефонними картками – для іранців; крадіжки із торгових автоматів – для корейців [12, с. 27–57].

За результатами наукового дослідження злочинності іноземців у РФ, отриманими К. І. Богомоловою, також було встановлено факт відмінності кримінальної спрямованості злочинної діяльності осіб, об'єднаних на етнічній основі і за національною ознакою (наприклад, таджики частіше за інших вчиняють злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних речовин; азербайджанці –

крадіжки, шахрайства, здійснюють контроль за торгівлею фальсифікованими акцизними товарами та злочини, пов'язані із незаконним обігом наркотичних речовин і зброї; грузини – крадіжки, злочини, пов'язані із незаконним обігом наркотичних речовин та зброї, фальсифікованими акцизними товарами, угони автотранспорту, крадіжки із приватних авто; вірмени – злочини, пов'язані із незаконним обігом наркотичних речовин, виробництво, зберігання, перевезення та збут немаркованих товарів та продукції, шахрайства; в'єтнамці – рекет щодо своїх співвітчизників, які займаються комерційною діяльністю; китайці – організацію та участь у нелегальній міграції у країни Західної Європи й пов'язане із цим виготовлення підроблених документів) [13, с. 45–46].

Даючи морально-психологічну характеристику особистості злочинця-мігранта у РФ, К. І. Богомолова дійшла висновку, що громадянам В'єтнаму, Афганістану, Індії, Китаю та ін. (тобто представникам «східної» ментальності) властиві такі психологічні особливості, як відчуженість та недовіра до представників влади, упевненість, що у контактах із ними пріоритетним є дотримання традицій та норм етнічного і релігійного середовища, навіть якщо вони очевидно порушують вимоги закону держави перебування. Прикладами такої поведінки є випадки кровної помсти серед іноземців, залишення дитини в небезпеці, жорстоке поводження з жінками, які порушили давні традиції. При цьому характерною відповіддю таких осіб на питання працівників правоохоронних органів про те, чи відомо винним, що вони порушують кримінальне законодавство держави перебування, поширеною є відповідь, що це не має значення, оскільки честь та звичай роду та етносу – найвища цінність [13, с. 46-47].

Українські кримінологи також вивчали прояви злочинної діяльності представників окремих національностей. Так, А. Ф. Зелінський зазначає з цього приводу, що неможливо не відзначити підвищеної кримінальності деяких національних груп, особливо мігрантів з Північного Кавказу, Азербайджану, Середньої Азії; злочинна діяльність циганських кланів явно активізувалась і, як правило, залишається безкарною [14, с. 11–12].

Однією із цілей нашого емпіричного дослідження (яке полягало в узагальненні матеріалів близько 500 архівних кримінальних проваджень, розглянутих судами України протягом 2008–2015 рр.) також було виявлення імовірного зв'язку національності особи та виду вчинюваного нею злочину, а можливо навіть і виокремлення «національних» злочинів.

Аналізуючи частоту засуджень представників різних національностей, помічено такі основні тенденції: 1) *росіяни* найчастіше засуджувалися за вчинення умисних вбивств, різних видів крадіжок (у тому числі й крадіжки, вчинені за попередньою змовою групою осіб, поєднані з проникненням у житло), грабежів, нанесення тілесних ушкоджень різної тяжкості, шахрайство, контрабанду, наркозлочини (статті 305–311, 317 КК України) та незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами та вибуховими речовинами; 2) *молдавани* – за крадіжки та підроблення документів; 3) *білоруси* – за крадіжки; 4) *грузини* – за крадіжки із автомобілів, грабежі, незаконний збут наркотичних речовин та

незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів без мети збуту; 5) *азербайджанці* – за грабежі, хуліганство, незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів без мети збуту; 6) *узбеки* – за крадіжки, грабежі, розбої та незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів без мети збуту; 7) *вірмени* – за крадіжки та розбої; 8) *в'єтнамці* – за незаконне переправлення осіб через державний кордон України.

Під час анкетування близько 1 000 слідчих та оперативних працівників Національної поліції та СБУ Харківської, Закарпатської, Одеської, Чернігівської, Дніпропетровської, Чернівецької та Київської областей на питання: «Чи помічали Ви у своїй практиці схильність представників тих чи інших національностей до вчинення певних видів злочинів?» 38,6 % респондентів відповіли «так», а 13,3 % – «вірогідніше так, ніж ні». Варіант відповіді «вірогідніше ні, аніж так» обрали 8,3 %. Не погодилися із наявністю такого співвідношення 38,8 % осіб. Жодної відповіді не обрав 1 % опитуваних. Отже, відповідно до думки практичних працівників, зв'язок між національністю злочинця та видом учинюваного злочину все ж існує.

При визначенні властивих представникам певних національностей злочинів правоохоронці наводили такі співвідношення:

1) *цигани* – крадіжки; квартирні крадіжки; шахрайство; незаконний обіг наркотичних речовин (збут); грабежі, вимагання; незаконне переправлення осіб через державний кордон України

2) *молдавани* – крадіжка, розбій, шахрайство; підроблення документів, штампів, ДТП;

3) *особи кавказької національності* (маються на увазі представники народів Кавказу) – згвалтування, задоволення статевої пристрасті неприродним способом, розбої, грабежі, крадіжки, вимагання, насильницькі злочини проти життя та здоров'я особи; хуліганство, нанесення тяжких тілесних пошкоджень (зокрема з використанням ножа), убивства, квартирні крадіжки, грабежі, розбої, шахрайства, насильство по відношенню до представників національних меншин, контрабанда, формування організованих форм злочинності на національній основі, торгівля, контрабанда наркотичних засобів, сутенерство; бандитизм, незаконне переправлення осіб через державний кордон України; згвалтування, підроблення документів, штампів, торгівля людьми, незаконне поведіння зі зброєю, автотранспортні злочини (ДТП). Серед них, зокрема:

– *грузини* – крадіжки із автомобілів, шахрайство, квартирні та кишенькові крадіжки, розбої; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення наркотичних засобів, торгівля забороненими товарами; схеми із «віджиманням» квартир,

– *вірмени* – крадіжки з автомобілів, шахрайство, квартирні крадіжки, розбої; корупційні злочини, квартирні крадіжки; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення наркотичних засобів;

- *азербайджанці* – корупційні правопорушення; шахрайства; підробка документів; незаконні валютні операції;
- *чеченці, дагестанці* – розбої;
- 4) *таджики* – корупційні правопорушення; шахрайства; підробка документів; незаконні валютні операції;
- 5) *словаки* – крадіжки, шахрайство;
- 6) *узбеки* – тілесні ушкодження; шахрайства; корупційні правопорушення; шахрайства; підробка документів; незаконні валютні операції;
- 7) *італійці* – шахрайство;
- 8) *серби* – шахрайство;
- 9) *росіяни* – посягання на територіальну цілісність і недоторканність України; шпигунство; терористичні акти; незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами; контрабанда; контрабанда наркотичних засобів; порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю;
- 10) *росіяни, казахи, татари* – контрабанда наркотичних засобів, зброї, сильнодіючих отруйних речовин;
- 11) *китайці* – шпигунство; незаконне переправлення осіб через державний кордон України; порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю; вбивство; нанесення тілесних пошкоджень різного ступеня тяжкості; незаконне позбавлення волі або викрадення людини; торгівля людьми; вимагання; шахрайство;
- 12) *в'єтнамці* – незаконне переправлення осіб через державний кордон України;
- 13) *євреї* – господарські злочини, шахрайство;
- 14) *араби та Близький Схід* – хуліганство, злочини проти життя та здоров'я, економічні злочини, нанесення тілесних пошкоджень різної тяжкості, незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин; незаконне переправлення осіб через державний кордон України; зґвалтування, насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом; шахрайства;
- 15) *темношкірі африканські народи* – наркозлочини, хуліганство, убивства, тілесні пошкодження різної тяжкості, шахрайство;
- 16) *гагаузи* – крадіжки, нанесення тілесних ушкоджень, розбої, грабежі, крадіжка отрутохімкатів;
- 17) *турки* – незаконне переправлення осіб через державний кордон України;
- 18) *ліванці* – шахрайства з використанням магнітних карток.

Проте, на нашу думку, остаточну відповідь на питання, чи є стовідсотковий зв'язок між національною належністю особи та злочинністю, не зможе дати жоден кримінолог. Необхідно звернути увагу на той факт, що потрапляючи в іншу державу і знаходячись далеко від батьківщини, іммігрант «тягнеться» до своїх співвітчизників. Від них він бажає отримати підтримку, розуміння, допомогу. Але не завжди така особа потрапляє в общину із пануванням правомірної поведінки – вона може поповнити ряди етнічної злочинності в Україні, що саме

й спеціалізується на певних видах злочинів і є основою для створення організованих форм злочинності. Однак національність (як і ознака місця народження) нерозривно пов'язана зі звичаями, традиціями, культурою, побутом та цінностями людей, з якими ідентифікує себе індивід, і саме ці блоки суспільного життя формують особистість, у тому числі і особистість злочинця.

Із процесом міграції та певною мірою національною належністю пов'язана й проблема соціальної самоідентифікації особи. Так, іноземці та особи без громадянства, що прибули в Україну на постійне або довготривале місце проживання, зазнають на собі дію певних психологічних факторів. Велика кількість мігрантів стає «особами, що втратили свій попередній соціальний статус і знаходяться у пошуку та набутті нового, кращого» [15, с. 264]. Такий стан речей призводить до формування в них кризи соціальної самоідентифікації, що є однією з основних характеристик маргінального статусу особи і яку можна розглядати як криміногенний фактор [16, с. 305]. Адже людина, загублена у натовпі, відчужена від конкретного людського співтовариства (громади, комуні, племені), в умовах руйнування традицій і способу життя, розпалювана спокусами реклами, заздрістю і фрустрацією схильна впадати в стан деморалізації, що переходить в аморальність [17, с. 35]. Ці процеси і є першими кроками у формуванні протиправної поведінки індивіда.

Соціальна ідентичність особистості – це набір певних соціально-психологічних характеристик, що дають можливість її ототожнення з певною соціальною спільнотою. Соціальна ідентифікація – це процес самоототожнення особистості з соціальною групою, тобто усвідомлення своєї належності до неї [16, с. 306].

Ціннісний компонент соціальної ідентичності залежить від місця, яке належить групі в конкретному суспільстві [16, с. 307], що оцінюється як суб'єктивно самим індивідом, так і об'єктивно з боку соціуму. Ці обставини дають підставу ученим виокремлювати тимчасові аспекти соціальної ідентичності: індивід оцінює й аналізує не лише групи, до яких він належав раніше та належить у конкретний період часу, а й планує майбутню, так звану соціальну ідентичність [18, с. 306].

Висновки. Стверджувати напевне про існування зв'язку між національністю особи та видом її злочинної діяльності не можна. Однак схильність представників певної національності до вчинення конкретних видів злочинів не можна виключати, про що свідчать матеріали слідчо-судової практики. Це може пояснюватися не стільки темпераментом чи національним характером особи, а наявністю певної «ніші» у злочинному світі, яку заповнюють представники певних народів. Звідси і виникає певна злочинна «спеціалізація».

В ознаці маргінальності як ціннісного компоненту соціальної ідентичності громадян інших держав та осіб без громадянства містяться два основних аспекти, що можуть впливати на формування злочинної поведінки в іммігранта: криза самоідентифікації у нових для нього соціальних умовах та ідентифікація себе як частини соціальної групи, що є основою для тих чи інших форм злочинної діяльності в Україні.

Список літератури:

1. Зелинский А. Ф. Криминальная психология: науч.-практ. издание. Киев: Юрінком Інтер, 1999. 240 с.
2. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / за заг. ред. Ю. В. Байліна, В. І. Борисова. Харків: Кроссруд, 2008. 364 с.
3. Кримінологія: учеб. для вузов / под общ. ред. А. И. Долговой. Москва: Норма, 2005. 912 с.
4. Ківенко Н. В., Лановенко І. І., Мельник П. В. Девіантна поведінка: сучасна парадигма: монографія. Ірпінь: Академія державної податкової служби України, 2002. 240 с.
5. Спиркин А. Г. Философия: учебник. Москва: Гардарики, 1999. 816 с.
6. Гегель Г. В. Ф. Сочинения в 14 т. Москва: Госполитиздат, 1956. Т. 3. Энциклопедия философских наук. Ч. 3. Философия духа. 372 с.
7. Ломброзо Ч. Преступный человек / пер. с итал. Г. И. Гордон. – Санкт-Петербург: Мидгард, 2005. 874 с.
8. Кобец П. Н. Зарубежный опыт предупреждения преступности иностранных граждан и лиц без гражданства. *Российский следователь*. 2003. № 12. С. 40–44.
9. Юшкевич Ю. С. Аксиологічна складова української ментальності та механізми її збереження. *Наукове пізнання: методологія та технологія*. 2012. №1 (28). С. 140–144.
10. Nisbett R. E. Culture and point of view. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*. 2003. Vol. 100. No 19. P. 11163–11170.
11. Александров Ю. И., Кирдина С. Г. Типы ментальности и институциональные матрицы: мультидисциплинарный подход. *Социс*. 2012. № 8. С. 3–13.
12. Yamamoto R. Alien Attack? The Construction of Foreign Criminality in Contemporary Japan / Germer A., Moerke A. (ed.) *Japanstudien, 16. Grenzgänge – (De-) Konstruktion kollektiver Identitäten in Japan*. Munich: iudicium Verlag, 2004. P. 27–57.
13. Богомолова К. И. Преступность, связанная с иностранцами: монография. Москва: Юрлитинформ, 2013. 184 с.
14. Зелінський А. Ф., Оніка Л. П. Детермінація злочину: навч. посіб. Харків: УкрІОА, 1994. 52 с.
15. Основы социальной работы: учебник / подред. П. Д. Павленок. Москва: Инфра-М, 2003. 395 с.
16. Стрелковская Ю. А. Психологические аспекты формирования маргинального статуса личности. *Актуальные проблемы криминологии и криминальной психологии*: сб. науч. статей / под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дрёмина. Одесса: Фенікс, 2007. С. 305–307.
17. Смотрицкий Е. Ю. Глобализация и ломпензация: социальные корни преступности. *Вісник Дніпропетровського юрид. ін-ту МВС України*. 2001. № 2. С. 28–39.
18. Андреева Г. М. Социальная психология: учеб. для высш. учеб. заведений. Москва: Аспект Пресс, 2009. 363 с.

References:

1. Zelinskij, A.F. (2006). *Kriminal'naja psihologija* [Criminal psychology]. Kyiv: Jurinkom Inter [in Russian].
2. Baulin, Yu.V., Borysov, V.I. (Eds.) (2008). *Poterpilyj vid zlochynu (mizhdystyplinarne pravove doslidzhennia)* [Crime victim (the interdisciplinary legal research)]. Kharkiv: Krossroud [in Ukrainian].
3. Dolgova, A.I. (2005). *Kriminologija* [Criminology]. Moscow: Norma [in Russian].
4. Kivenko, N.V., Lanovenko, I.I., Mel'nyk, P.V. (2002). *Deviantna povedinka: suchasna paradyhma* [Deviant activities: modern paradigm]. Irpin': Akademiia derzhavnoi podatkovoi sluzhby Ukrainy [in Ukrainian].
5. Spirkin, A.G. (1999). *Filosofija* [Philosophy]. Moscow: Gardariki [in Russian].
6. Gegel', G.V.F. (1956). *Sochinenija* [Writings] (Vols. 1–14; Vol. 3; Part 3). Moscow: Gospolitizdat [in Russian].
7. Lombrozo, Ch. (2005). *Prestupnyj chelovek* [Criminous human]. (G. I. Gordon, Trans.) Saint Petersburg: Midgard [in Russian].
8. Kobec, P.N. (2003). *Zarubezhnyj opyt preduprezhdenija prestupnosti inostrannyh grazhdan i lic bez grazhdanstva* [The foreign experience of foreigner citizens' and stateless persons' crime prevention]. *Rossijskij sledovatel' – Russian investigator*, 12, 40–44 [in Russian].
9. Yushkevych, Yu.S. (2012). *Aksiolohichna skladova ukrains'koi mental'nosti ta mekhanizmy ii zberezhennia* [The axiological constituent of Ukrainian mentality and the mechanism of its

maintenance]. *Naukove piznannia : metodolohiia ta tekhnolohiia – Scientific cognition*, 1 (28), 140–144 [in Ukrainian].

10. Nisbett, R.E., Masuda, T. (2003). Culture and point of view. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*. Vol. 100, 19, 11163–11170.

11. Aleksandrov, Ju.I., Kirdina, S.G. (2012). Tipy mental'nosti i institucional'nye matricy: mul'tidisciplinarnyj pohod [Types of mentality and institutional matrixes: multidisciplinary approach]. *Socis – Socis*, 8, 3–13 [in Russian].

12. Yamamoto, R. (2004). *Alien Attack? The Construction of Foreign Criminality in Contemporary Japan*. Germer A., Moerke A. (Ed.) *Japanstudien, 16. Grenzgänge (De-) Konstruktion kollektiver Identitäten in Japan*. Munich: iudicium Verlag, 27–57.

13. Bogomolova, K.I. (2013). Prestupnost', svjazannaja s inostrancami [Crime, related to foreigners]. Moscow: Jurlitinform [in Russian].

14. Zelins'kyj, A.F., Onika, L.P. (1994). Determinatsiia zlochynu [Determination of crime]. Kharkiv: UkrYuA [in Ukrainian].

15. Pavlenok, P.D. (Eds.) (2003). *Osnovy social'noj raboty* [Framework of social work]. Moscow: Infra-M [in Russian].

16. Strelkovskaja, Ju.A. (2007). Psihologicheskie aspekty formirovanija marginal'nogo statusa lichnosti [Psychological aspects of the construction of person's marginal status]. Orzih, M.F., Drjomina, V.N. (Eds.). *Aktual'nye problemy kriminologii i kriminal'noj psihologii – Urgent problems of criminology and criminal psychology* (pp. 305–307). Odessa: Feniks [in Russian].

17. Smotrickij, E.Ju. (2001). Globalizacija i ljumpenizacija: social'nye korni prestupnosti. *Visnyk Dnipropetrovskoho yurydychnoho instytutu MVS Ukrainy – Scientific Bulletin of Dnipropetrovsk Law Institute of Internal Affairs*, 2, 28–39 [in Russian].

18. Andreeva, G.M. (2009). *Social'naja psihologija* [Social philosophy]. Moscow: Aspekt Press [in Russian].

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

Moral and psychological features of criminal's personality, who is an immigrant in Ukraine

One of dangers of the immigration process in Ukraine is the crime rate's increasing. As usual, immigrants have different, than residents, both appearance and moral features. That's why researching moral and psychological features of criminal's personality, who is an immigrant in Ukraine, will further create an integrated «portrait» of this type of criminals for developing well founded crime prevention measures.

The goal of the article is to describe moral and psychological aspects of criminological characteristics of the criminal's personality, who is an immigrant in Ukraine (with a status of a foreigner or a stateless person). Based on an empirical study and results of a survey of law enforcement officials the author also tried to establish a connection between person's nationality and a kind of committed crime.

The complexity of scientific researching of moral and psychological features of a person lies in the fact that such features are deeply ingenerate and subjective. Criminologists says, that a person's behavior choice depends on world view and moral principles, because every choice take precedence of want, motive and aim of activity, which are based on a person's social ideal. This ideal is determined by current culture, civilization's character and person's capability to understand human's being meaning.

In the article the author paid attention to ethnopsychological peculiarities of criminals of different nations, type of their mentality and the problem of immigrants' self-identification in admitting state.

The conclusions of research are:

1) criminologists can't totally deny or corroborate the inclination of some nationalities to commit certain crimes. More often the choice of type of committing crime depends on criminal «niche» in the criminal world, which is occupied of defined nations;

2) the marginality as a feature of criminal's personality, who is an immigrant in Ukraine, characterizes two main aspects, which can influence on criminal's forming: the problem of immigrants' self-identification in admitting state and identification with a criminal groups, composed on the nationality's base.

Надійшла до редколегії 02.03.2017 р.



Вітрова Дар'я Володимирівна,
аспірантка кафедри кримінально-правових
дисциплін, Харківський національний університет
внутрішніх справ, Україна, м. Харків
e-mail: dasha15@ukr.net
ORCID 0000-0002-4811-0706

doi: 10.21564/2414–990x.137.102055
УДК 343.325

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ВИНИ ЯК ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ОЗНАКИ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СЕПАРАТИЗМУ

В основу дослідження проблеми суб'єктивної сторони сепаратизму покладено існуючі в науці кримінального права загальновізанні позиції суб'єктивної сторони кримінального правопорушення, його змісту, елементів та ознак. Особливу увагу приділено вивченню такої основної категорії суб'єктивної сторони, як вина. Розглядається питання суб'єктивних ознак кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України, деякі з них взяті нами за основу у дослідженні процесів сепаратизму в Україні.

Ключові слова: суб'єктивна сторона кримінального правопорушення; вина; прямий умисел; інтелектуальний момент; вольовий момент; сепаратизм; основи національної безпеки України.

Ветрова Д. В., аспірантка кафедри уголовно-правовых дисциплин, Харьковский национальный университет внутренних дел, Украина, г. Харьков.
e-mail: dasha15@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4811-0706

Некоторые вопросы определения вины как обязательного признака субъективной стороны сепаратизма

В основу исследования проблемы субъективной стороны сепаратизма положены существующие в науке уголовного права общепризнанные позиции субъективной стороны преступления, ее содержания, элементов и признаков. Особое внимание уделено изучению такой основной категории субъективной стороны преступления, как вина. Рассматривается вопрос субъективных признаков преступлений против основ национальной безопасности Украины; некоторые из них положены в основание исследования процессов сепаратизма в Украине.

Ключевые слова: субъективная сторона преступления; вина; прямой умысел; интеллектуальный момент; волевой момент; сепаратизм; основы национальной безопасности Украины.

Вступ. Правильна соціально-правова оцінка людської поведінки є одним з найважливіших принципів відповідальності особи за вчинене нею діяння. Положення щодо суб'єктивної сторони є невід'ємною частиною визначення наявності

в діях особи складу кримінального правопорушення. Як важливий та самостійний елемент складу кримінального правопорушення, ознаки суб'єктивної сторони суттєво впливають на суспільну небезпеку і, відповідно, правову оцінку вчиненого діяння; виступають факторами розмежування різних кримінальних правопорушень у процесі їх кваліфікації, впливають на індивідуалізацію відповідальності та покарання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемними питаннями кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки свого часу займалися О. Ф. Бантишев, О. В. Шапара, В. П. Ємельянов, В. Я. Тацій, М. І. Мельник, М. І. Хавронюк, В. А. Ліпкан, В. О. Навроцький, А. В. Савченко та ін. Однак останнім часом увага до проблеми охорони основ національної безпеки України набула гостроти. Це засвідчили захищені дисертації з цієї тематики: І. В. Діордіца «Кримінально-правова відповідальність за дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади» (2008), Л. В. Мошняга «Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України» (2011), М. А. Рубашенко «Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність» (2015).

Метою статті є вивчення суб'єктивної сторони сепаратизму, вини та її форм.

Вклад основного матеріалу. Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення є одним з найважливіших показників ступеня суспільної небезпечності злочинця. Саме суб'єктивна сторона відображає процеси, які відбуваються у психіці осудної особи.

Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення – це внутрішнє, психічне ставлення особи до вчиненого суспільно небезпечного діяння та його наслідків, що характеризується виною, мотивом і метою злочину [1, с. 44]. Деякі науковці в окремих випадках виділяють також емоційний стан особи в момент скоєння кримінального правопорушення [2, с. 227–229]. Як обов'язкова ознака, вона рідко зустрічається в нормах закону, але за наявності може вплинути на кваліфікацію або на призначення покарання. Що стосується емоцій, які злочинець відчуває по відношенню до вже вчиненого кримінального правопорушення, то вони жодним чином не відображаються на суб'єктивній стороні, тобто не є її ознакою. Не можемо не погодитися з позицією П. Матишевського, який зазначає, що суб'єктивна сторона злочину – це процес мислення, бажання і волі людини, у якому відбиваються зовнішні обставини, пов'язані із учиненням злочину, це внутрішня суть злочинного діяння, це внутрішні процеси, що відбуваються в психіці осудної особи під час вчинення нею передбаченого кримінальним законом суспільно небезпечного діяння [3, с. 169]. Як бачимо, у зміст поняття науковець вкладає виключно ті психологічні процеси, що відбуваються в момент вчинення кримінального правопорушення. Але не варто забувати, що важливою інформацією, що сприяє чіткому встановленню суб'єктивної сторони, може стати аналіз поведінки особи ще до вчинення передбаченого Кримінальним кодексом діяння. Як справедливо зауважує Б. Я. Петелін, «розгляд вчиненого злочинного акту

поведінки з огляду на попередню діяльність особи дає можливість з'ясувати психологічний зміст всієї її діяльності загалом» [4, с. 16]. І. Бикеев розглядає суб'єктивну сторону як всю психічну діяльність суб'єкта злочину, що безпосередньо обумовила та супроводжувала вчинення суспільно небезпечного діяння [5, с. 11].

Дослідження суб'єктивної сторони кримінального правопорушення з урахуванням усіх її складових, а саме форми вини, змістовності та спрямованості умислу, мотивів та цілей, дасть змогу створити повну картину обґрунтування кримінальної відповідальності. Працюючи з цими категоріями у сукупності, ми зможемо створити уявлення стосовно того внутрішнього процесу, що відбувається у психіці особи, зрозуміти зв'язок між свідомістю та волею з вчиненим суспільно небезпечним діянням. Але не слід забувати, що вина, мотив та ціль є самостійними психологічними явищами, безпосередньо наділені певним, лише їм притаманним, змістом.

Перше, з чого прийнято починати дослідження суб'єктивної сторони кримінального правопорушення, є вина. Вина – це ядро суб'єктивної сторони, що виражає психічне ставлення особи до вчиненого суспільно небезпечного діяння. Відсутність вини – відсутність суб'єктивної сторони, відповідно й складу кримінального правопорушення. У зв'язку з цим чинним Кримінальним кодексом України (Розділ V) закріплено норми, що визначають поняття вини та її форм. Окрім того, міжнародним правом також встановлено норми, що визначають важливість такого елемента, як вина. Приміром, кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку [6; 7]. На основі положень указаних міжнародних документів до Конституції України було включено ст. 62: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» [8].

Отже, вина є основною категорією суб'єктивної сторони, що становить собою психічне ставлення особи до діяння і його наслідків у формі умислу та необережності. Вина включає в себе інтелектуальні і вольові елементи. Так, у питаннях визначення суб'єктивної сторони злочинів проти основ національної безпеки України науковці роблять однозначний висновок, що вказані кримінальні правопорушення вчиняються виключно у формі прямого умислу [9, с. 27; 10, с. 256; 11, с. 19]. Дослідження проблеми відповідальності за сепаратизм в Україні дає підстави стверджувати, що деякі з вказаних кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України передбачають відповідальність саме за сепаратизм. Сепаратизм дослівно з лат. *separatus* – відокремлення. Відокремлення, у якого є своя мета, саме на основі цієї мети можна зробити висновок стосовно протиправності або правомірності цього явища, оскільки не всі діяння, що входять до складу такого поняття, як «сепаратизм», є кримінально караними.

Говорячи про протиправність такого явища як сепаратизм, а саме його кримінально караних форм, за які в Україні передбачена кримінальна відповідальність, слід указати, що така діяльність може бути вчинена лише з прямим

умислом. Тобто особа, усвідомлюючи, що вчиняє певне суспільно небезпечне діяння, апріорі не може не бажати його вчинення. У цьому разі акцентується увага на її волі, яка сконцентрована на вчинення саме такого діяння, воно є бажаним для суб'єкта кримінального правопорушення, навіть якщо при цьому особа може внутрішньо не погоджуватися з цим, її воля все одно сконцентрована на вчинення такого протиправного діяння. В основу даного аналізу покладено дослідження такої форми, як публічні заклики, за які передбачено покарання ч. 2 ст. 109 КК України та ч. 1 ст. 110 КК України. Серед науковців тривають дискусії щодо визначення мети як обов'язкової ознаки при публічних закликах. По-різному розглядають мету як у випадках визначення її обов'язковою при публічних закликах до насильницької зміни та повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, так і при визначенні її обов'язковою ознакою при публічних закликах до посягання на територіальну цілісність і недоторканність України.

Відсутність такої мети, як стверджують деякі науковці, може спричинити притягнення до кримінальної відповідальності інакодумців, притягнення громадян до кримінальної відповідальності за безвідповідальну балаканину як за злочини проти основ національної безпеки [12, с. 116]. Інша категорія вчених не передбачає мету як обов'язкову ознаку складу злочину [13, с. 228]. Науковці зазначають, що відповідальність у цьому разі має нести й особа, яка особисто не має такої мети [14]. У ч. 1 ст. 110 КК України мета як обов'язкова ознака вказана у самій статті, що означає безпосереднє її врахування у питаннях застосування вказаної норми до винної особи. Такою метою є зміна меж території, або державного кордону України [15, с. 21].

Варто зазначити, що більшість кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України є кримінальним правопорушенням із формальним складом, тобто таким, що виключає суспільно небезпечні наслідки. Злочини з формальним складом – це такі злочини, для наявності об'єктивної сторони яких закон вимагає встановлення лише діяння [16]. У злочинах із формальним складом особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння і бажає його вчинення [17, с. 159].

Позаяк йдеться про прямий умисел при вчиненні сепаратизму, обов'язковим є аналіз певних ознак, що його характеризують, а саме: інтелектуальної та вольової ознаки. Загалом потрібно розуміти, що дослідження суб'єктивної сторони кримінального правопорушення без врахування всієї діяльності індивіда, зокрема й тих фактичних умов вчиненого, що відповідають об'єктивним ознакам складу кримінального правопорушення, неможливе.

Аналізуючи суб'єктивну сторону сепаратизму, доцільно вивчити усі складові фактичних ознак діяння (об'єкта, об'єктивної сторони, суспільно небезпечний характер діяння, протиправність), оскільки всі вони є елементами складу кримінального правопорушення. Так, характеризуючи об'єкт кримінального правопорушення, перш за все потрібно розуміти, що особа усвідомлює, що своїми діями посягає на певні цінності, котрі є невід'ємною складовою українського суспільства. Посягання, які створюють певний дисбаланс серед населення,

загрожують моральній дезорієнтації суспільства, а це може призвести вже до інших, більш серйозних наслідків.

Далі, ми говоримо про охоплення свідомістю всіх без винятку ознак об'єктивної сторони діяння, тобто суб'єкт розуміє, що публічно повідомляє інформацію, зміст якої може спонукати отримувачів цієї інформації до вчинення певних протиправних дій, тобто тих антиконституційних діянь, що можуть спричинити певні фізичні чи юридичні територіальні зміни незаконним, антиконституційним шляхом, до того ж умисно формуючи у свідомості все тих же отримувачів інформації певних антиконституційних установок.

Відомою є позиція вчених, які стверджують, що суб'єкт усвідомлює не суспільну небезпеку взагалі, а певний притаманний кожному виду злочину характер суспільної небезпеки, що визначається характером та структурою соціальних ознак кожного виду злочину, відображених в їх складах [18, с. 11–13; 19, с. 104].

Щодо передбачення суспільно небезпечних наслідків, ми зазначали, що воно знаходиться за межами вчинення кримінального правопорушення, однак можемо зробити припущення, що суб'єкт вчинення кримінального правопорушення може лише припускати той факт, скільки людей, до відома яких дійшла інформація подібного змісту, використовує її як керівництво до дії, тобто у якій кількості людей такі заклики можуть викликати бажання вчинити певні дії на шкоду основам національної безпеки України.

Протиправність як останній елемент фактичних ознак діяння характеризується розумінням того, що вчинити певні дії не можна, оскільки вони є протизаконними, тобто суб'єкту вчинення таких діянь не обов'язково усвідомлювати те, що своїми діями він порушує певну кримінально-правову норму. Адже протиправність є законодавчою оцінкою суспільної небезпеки, її юридичним визначенням.

Нерозривно інтелектуальна ознака, що характеризує вину у формі прямого умислу, пов'язана з вольовою ознакою. Позаяк указане нами кримінальне правопорушення належить до числа правопорушень із формальним складом, ця ознака матиме певні особливості. У даному разі ми будемо говорити про ставлення особи безпосередньо до діяння, а не до його наслідків, не дивлячись на те, що закон, визначаючи вольовий момент умислу, пов'язує його не з самим діянням, а виключно з його наслідками. Але є й думка, що вольовий момент не потрібно зводити лише до відношення до наслідків, оскільки в такому разі саме діяння втратило б вольовий характер [20, с. 28]. Вольовою ознакою визначається ставлення суб'єкта до самого діяння, оскільки ті наслідки, що можуть настати при вчиненні сепаратизму, є єдиним цілим з самим діянням, тобто взаємообумовлюють їх. Саме це у даному разі дає змогу більш чітко відобразити психологічну складову.

Висновки. Певні кроки у вивченні проблеми сепаратизму як кримінально караного діяння вже зроблено. Але з огляду на складність явища сепаратизму, його неоднозначне розуміння, чимало питань ще потребують дослідження.

Отже, сепаратизм може розглядатися виключно як протиправне, кримінально каране явище. Будь-які діяння, що безпосередньо пов'язані з сепаратизмом, можуть вчинятися винною особою виключно у формі прямого умислу певною метою – знизити військовий, економічний, науково-технічний потенціал України.

Сьогодні принципово важливим є питання протидії та боротьби з сепаратизмом правовим шляхом. Саме комплексний аналіз сепаратизму у політико-правовому полі дасть змогу більш чітко реагувати на нові загрози.

Список літератури:

1. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Київ: А.С.К., 2002. 968 с.
2. Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основания в советском уголовном праве. Москва, 1963. 275 с.
3. Кримінальне право України. Загальна частина. Київ: Юрінком Інтер, 1997. 169 с.
4. Петелин Б. Я. Установление субъективной стороны преступления в процессе расследования: теоретические и тактико-методические аспекты: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1992. 25 с.
5. Бикеев И. Актуальные проблемы учения о субъективной стороне преступления. *Уголовное право*. 2002. № 3. С. 9–14.
6. Загальна декларація прав людини відповідно до резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10. 12. 1948 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
7. Конвенція про захист прав та основоположних свобод: Конвенція Ради Європи від 4 листопада 1950 р. *Офіц. вісн. України*. 1998. № 13. 270 с.
8. Конституція України: Закон України від 28 черв. 1996 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
9. Баулін Ю. В., Борисов В. І., Тютюгін В. І. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 4-е вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2010. 608 с.
10. Мельник М. І., Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 7-ме вид., переробл. та допов. Київ: Юрид. думка, 2010. 1288 с.
11. Харченко В. Б., Перекрестов Б. Ф. Уголовное право Украины. Особенная часть в вопросах и ответах: конспект лекций. Киев: Атика, 2002. 256 с.
12. Бантишев О. Ф., Шамара О. В. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): монографія. 2-е вид., перероб. та доп. Київ: Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2010. 168 с.
13. Зеленецький В. С., Ємельянов В. П. Концептуальні основи визначення категоріально-понятійного апарату у сфері боротьби з тероризмом: наук.-практ. посіб. Харків: Кросроуд, 2006. 80 с.
14. Мельник М. І., Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 6-е вид., перероб. і доп. Київ: Юрид. думка, 2009. 1236 с.
15. Бажанов М. І., Баулін Ю. В., Борисов В. І. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. проф. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Харків: Право, 2001. 416 с.
16. Кримінальне право України. Загальна частина. Харків: Право, 1997. 132 с.
17. Бантишев О. Ф., Шамара О. В. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): монографія. 3-е вид., перероб. та доп. Луганськ: ТОВ «Віртуальна реальність», 2014. 240 с.
18. Стручков Н. А. Установление судом субъективной стороны преступления. *Советская юстиция*. 1963. № 20. С. 11–13.
19. Тихонов К. Ф. Субъективная сторона преступления. Проблема социального содержания вины в советском уголовном праве. Саратов: Приволжское книжное изд-во, 1967. 104 с.
20. Дагель П. С. Проблемы вины в советском уголовном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 1969. 28 с.

References:

1. Naukovo-praktychnyy komentar do Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny. (2002). Kyiv: A.S.K. [in Ukrainian].
2. Brajnin, Ja.M. (1963). Ugolovnaja otvetstvennost' i ee osnovanija v sovetskom ugolovnom prave. Moscow [in Russian].
3. Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna. (1997). Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
4. Petelin, B.Ja. Ustanovlenie sub#ektivnoj storony prestuplenija v processe rassledovanija: Teoreticheskie i taktiko-metodicheskie aspekty. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Moscow [in Russian].

5. Bikeev, I. (2002). Aktual'nye problemy uchenija o sub#ektivnoj storone prestuplenija. *Ugolovnoe pravo*, 3, 9–14 [in Russian].
6. Zahal'noyi deklaratsiyi prav lyudyny vidpovidno do rezolyutsiyi 217 A (III) Heneral'noyi Asambleyi OON vid 10.12.1948 r. (1948). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
7. Konventsii pro zakhyst prav ta osnovopolozhnykh svobod: konventsii Rady Yevropy vid 4 lystopada 1950 r. (1998). *Ofits. visn. Ukrainy*, 13, art. 270.
8. Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28 cherv. 1996 r. (1996). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
9. Baulyn, Iu.V., Borysov, V.I., Tiutiuhin, V.I. (2010). Kryminalne pravo Ukrainy. Osoblyva chastyna. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
10. Melnyk, M.I., Khavroniuk, M.I. (2010). Naukovo-prakt. komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Kyiv: Yuryd. Dumka [in Ukrainian].
11. Harchenko, V.B., Perekrestov, B.F. (2002). Ugolovnoe pravo Ukrainy. Osobennaja chast' v voprosah i otvetah. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
12. Bantyshev, O.F., Shamara, O.V. (2010). Kryminalna vidpovidalnist za zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy (problemy kvalifikatsii) [in Ukrainian].
13. Zelenetskyi, V.S., Yemelianov, V.P. (2006). Kontseptualni osnovy vyznachennia katehorialno-poniatiinoho aparatu u sferi borotby z teroryzmozom. Kharkiv: Krosroud [in Ukrainian].
14. Melnyk, M.I., Khavroniuk, M.I. (2009). Naukovo-praktychnyi komentar do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Kyiv: Yuryd. dumka [in Ukrainian].
15. Bazhanov, M.I., Baulin, Iu.V., Borysov, V.I. (2001). Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
16. Kryminal'ne pravo Ukrayiny. Zahal'na chastyna (1997). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
17. Bantyshev, O.F., Shamara, O.V. (2014). Kryminalna vidpovidalnist za zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy (problemy kvalifikatsii). Lugansk: TOV «Virtualna realnist» [in Ukrainian].
18. Struchkov, N.A. (1963). Ustanovlenie sudom sub#ektivnoj storony prestuplenija. *Sovetskaja justiciya*, 20, 11–13 [in Russian].
19. Tihonov, K.F. (1967). Sub#ektivnaja storona prestuplenija. Problema social'nogo sodержaniya viny v sovetskom ugolovnom prave. Saratov [in Russian].
20. Dageľ, P.S. (1969). Problemy viny v sovetskom ugolovnom prave. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Voronezh [in Russian].

Vitrova D. V., Graduate student of the Department of Criminal Legal Disciplines, Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine, Kharkov.
e-mail: dasha15@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4811-0706

Some of the determination of guilt as a mandatory feature of the subjective side of separatism

The article is devoted to the study of the subjective side of the crime. Existing positions in the science of criminal law concerning this element of the crime were studied. The article used the most accurate definitions in the study of this topic. In addition, a superficial analysis of the elements of the subjective side of the crime was carried out, but the author paid special attention to the study of the main category – fault. The whole section of the Criminal Code of Ukraine regulates the issue of determining the fault in law, in addition, the norms of international law determine the importance of this element of the subjective side of the crime. The wine in its turn has a rather complex structure, which is also fixed by the rules of criminal law. In the process of research, based on the scientific developments of scientists dealing with the issue of studying the problems of qualification of crimes against the bases of national security of Ukraine, conclusions were drawn about the commission of acts solely with direct intent. Not the last place in the article is given to the question of intellectual and strong-willed moments that characterize guilt in the form of direct intent.

Keywords: the subjective side of the crime; wine; direct intent; intellectual moment; strong-willed moment; separatism; bases of national security of Ukraine.

Надійшла до редакції 19.05.2017 р.



Оберемко Юлія Олексіївна,
здобувач Науково-дослідного інституту
вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Сташиса, Національна
академія правових наук України, м. Харків
e-mail: oberyulia@ukr.net
ORCID 0000-0002-6948-25-17

doi: 10.21564/2414–990x.137.102157

УДК 343.8

ВІКТИМОЛОГІЧНА ПРОФІЛАКТИКА УМИСНИХ УБИВСТВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ З КОРИСЛИВИХ МОТИВІВ

Проаналізовано основні заходи віктимологічної профілактики умисних убивств, що вчиняються з корисливих мотивів. Реалізація зазначених заходів сприятиме зниженню рівня віктимної схильності окремих категорій населення стати жертвами зазначених злочинів.

Ключові слова: умисні вбивства з корисливих мотивів; жертва злочину; віктимологічна профілактика; запобіжний вплив.

Оберемко Ю. А., соискатель Научно-исследовательского института изучения проблем преступности имени академика В. В. Сташиса, Национальная академия правовых наук Украины, г. Харьков.

e-mail: oberyulia@ukr.net ; ORCID 0000-0002-6948-25-17

Виктимологическая профилактика умышленных убийств, совершаемых из корыстных побуждений

Проанализированы основные мероприятия виктимологической профилактики умышленных убийств, совершаемых из корыстных побуждений. Рассмотрен комплекс мероприятий, реализация которых будет способствовать снижению уровня виктимной склонности отдельных категорий населения стать жертвами указанных преступлений.

Ключевые слова: умышленные убийства из корыстных побуждений; жертва преступления; виктимологическая профилактика; предупредительное воздействие.

Постановка проблеми. Одним із напрямів запобігання вчиненню умисних убивств із корисливих мотивів виступає віктимологічна профілактика. Кримінологи багато разів звертали увагу на зазначений напрям профілактики злочинів, однак їхні погляди різняться. Одні вчені вважають віктимологічну профілактику окремим напрямом загальної профілактики, який визначається особливостями об'єкта та предмета впливу. Об'єктом виступають окремі особи

– потенційні або віктимізовані потерпілі, а предметом – конкретні віктимологічні фактори, тобто такі психологічні властивості особи, які у своїй сукупності свідчать про її віктимогенну деформацію. Метою віктимологічної профілактики є усунення таких деформацій з тим, щоб у подальшому запобігти можливій віктимізації [1, с. 184; 2, с. 68]. Інші науковці особливістю віктимологічного напряму профілактики вважають спрямованість на зниження потенційної віктимності громадян шляхом проведення спеціальних заходів загальнопрофілактичного характеру, які різняться за категоріями і групами населення; зниження потенційної віктимності конкретних громадян шляхом проведення щодо них профілактичних заходів; запобігання повторній віктимізації громадян, потерпілих від злочину [3, с. 15]. Загальний характер віктимологічного напряму запобігання злочинності полягає у різноплановій діяльності соціальних інститутів, спрямованій на встановлення, усунення або нейтралізацію факторів, обставин та ситуацій, що формують віктимну поведінку й обумовлюють учинення злочинів; виявлення груп ризику та конкретних осіб з підвищеним ступенем віктимності, вплив на них з метою поновлення й активізації їхніх захисних якостей, розроблення чи покращення засобів захисту громадян від злочинів і подальшої віктимізації [4, с. 168].

Мета статті полягає у визначенні й характеристиці основних заходів віктимологічної профілактики умисних убивств, що вчиняються з корисливих мотивів.

Виклад основного матеріалу. Теоретично кожен громадянин, який проживає у державі з певним рівнем злочинності, так чи інакше ризикує опинитися в ролі жертви злочину, у зв'язку з чим автоматично стає носієм потенційної віктимності [5, с. 3]. Тому головним завданням віктимологічної профілактики умисних вбивств з корисливих мотивів, на нашу думку, повинна бути розробка і реалізація заходів, спрямованих на скорочення віктимної схильності окремих категорій населення стати жертвами зазначених злочинів.

Нерідко виникненню і розвитку злочинного наміру, а також вчиненню злочину «сприяють» особисті якості потерпілого, його поведінка, спосіб життя, взаємини зі злочинцем, що безумовно повинно враховуватися при розробці і реалізації профілактичних заходів, спрямованих на скорочення віктимної схильності громадян. Саме тому аналіз особистісних якостей і поведінки не тільки злочинця, а й потерпілого має вельми вагоме значення.

Дослідити особу потерпілого спробуємо спираючись на дані, що були отримані нами за результатами вибіркового узагальнення архівних кримінальних справ (кримінальних проваджень), розглянутих місцевими районними судами України за період 2011–2013 рр. Нами було вивчено 324 кримінальних проваджень, відповідно до яких загальна кількість загиблих унаслідок учинення умисного вбивства з корисливих мотивів становить 338 осіб.

Дослідження показало, що із загальної кількості потерпілих особи чоловічої статі складають 72,6 %, відповідно жіночої – 27,4 %. Віковий розподіл потерпілих від умисних убивств з корисливих мотивів виглядає наступним чином:

потерпілі у віці до 18 років – 2,1 %; 18–24 – 5,2 %; 25–29 – 8,0 %; 30–39 – 12,5 %; 40–49 – 26,4 %; 50–59 – 7,3 %; 60 років і старші – 38,5 %. Отже дані свідчать, що більш за все від умисних вбивств з корисливих мотивів страждають люди зрілого віку.

За соціальним становищем і родом занять серед потерпілих виділилися такі категорії населення: учні – 2,1 %; різнороби – 7,6 %; безробітні – 2,3 %; власники автотранспорту – 4,0 %; дрібні підприємці – 20,6 %; працівники сфери торгівлі – 24,9 %; пенсіонери – 38,5 %.

У ході дослідження було з'ясовано, що 77,2 % жертв були раніше знайомі зі злочинцем, відповідно 22,8 % – один одного раніше не знали. За своїм характером, відносини між потерпілим і злочинцем були: у 59,3 % – приятельськими; 7,9 % – родинними; 6,4 % – сусідськими, а у 3,6 % випадків – діловими. Отримані дані співвідносяться з результатами проведеного нами анкетування засуджених, у ході якого корисливі вбивці також підтвердили, що здебільшого (66,6 %) вони були знайомі з майбутньою жертвою злочину. Таким чином, на основі даних проведених досліджень можна виокремити категорії осіб, які можуть стати жертвами умисних вбивств з корисливих мотивів.

Узагальнений портрет осіб, які мають підвищений ризик опинитися у ролі жертв умисних вбивств з корисливих мотивів, може бути такий. У більшості випадків – це особи чоловічої статі, рідше – жіночої. Вікові показники коливаються у межах від 40 до 49 років (26,4 %), а також від 60 років і старші (38,5 %). Важливе значення має соціальне становище, яке обумовлюється родом занять. Найбільш «привабливими» виявляються особи, які займаються підприємницькою діяльністю (20,6 %), мають відношення до сфери торгівлі (24,9 %), а також пенсіонери. Спробуємо пояснити, чому злочинці жертвами злочинів обирають саме такі категорії населення. Так, у достатньо зрілому віці більшість людей уже влаштовані у житті, мають певне соціальне становище, більш-менш стабільні матеріальні прибутки, а відтак і нажиті матеріальні блага, на відміну від молодшої вікової категорії. До того ж представники сфери торгівлі або малого бізнесу безпосередньо пов'язані з коштами, що в першу чергу береться до уваги злочинців. Що ж стосується осіб пенсійного віку, то тут нападники виходять із критерію фізичної слабкості жертви, яка зазвичай не здатна на активний опір. Найчастіше під час нападу вони розраховують заволодіти пенсійними виплатами, які люди похилого віку, як правило, зберігають вдома на «чорний день». Чимало потерпілих від умисних убивств з корисливих мотивів була раніше знайома зі злочинцями. Це пояснює факт обізнаності останніх про матеріальні статки та імовірні розміри прибутку у разі вчинення злочину, а також свідчить про те, що потерпілі і нападники можуть бути приблизно з одного соціального середовища. Так, дослідники зазначають, що як не парадоксально, але жертвами загальнокримінальних злочинів, у тому числі й умисних вбивств з корисливих мотивів, найчастіше стають громадяни із середньостатистичними доходами, які ведуть схожий зі злочинцями спосіб життя і мають досить загальні уявлення про матеріальний достаток [5, с. 8].

З огляду на це віктимологічна профілактика умисних вбивств з корисливих мотивів повинна включати комплекс заходів, які б передбачали як прості правила перестороги для пересічних громадян, так і комплексні державні програми допомоги і захисту населення від зазначеного виду злочинів. Спираючись на результати проведеного нами дослідження, пропонуємо заходи віктимологічної профілактики умисних вбивств, що вчиняються із корисливих мотивів, умовно поділити на організаційно-правові, інформаційно-виховні та технічні.

Реалізація віктимологічних заходів і проведення ефективної профілактичної роботи серед населення вимагає формування відповідної організаційної структури. Мова йде про створення розгалуженої системи державних і громадських установ, провідним напрямом діяльності яких була б реалізація заходів віктимологічної профілактики. Наприклад, проведення різнопланових віктимологічних моніторингів у конкретному регіоні або серед певних груп населення дало б непогані результати. Звісно, створення мережі таких установ та забезпечення їхньої діяльності вимагатиме залучення чималих фінансових і кадрових ресурсів. Тому, виходячи із таких міркувань, доцільним було для початку залучити до цього процесу уже існуючі державні установи та організації. Так, соціологічні інститути шляхом проведення опитувань могли б займатися аналізом віктимологічних ситуацій як загальнокримінальних злочинів, так і умисних убивств, що вчиняються із корисливих мотивів зокрема. Отримані результати дали б змогу визначити дієві напрями віктимологічної профілактики цих злочинів.

До проведення подібних заходів необхідно безпосередньо залучати громадян. Активна позиція звичайних громадян може виявитися дуже корисною з віктимологічної точки зору. Наприклад, тісно співпрацюючи з представниками правоохоронних органів, добровольці із числа мешканців району могли б проводити інформаційну та роз'яснювальну роботу серед населення свого кварталу або будинку, таким чином запобігаючи виникненню й розвитку віктимогенних ситуацій.

Окрім цього, неоціненною для віктимологічної профілактики може бути діяльність соціальних служб. Їх працівники в рамках соціального патронажу могли б вести цільову віктимологічну роботу з окремими категоріями населення. У першу чергу мова йде про пенсіонерів, самотніх людей похилого віку, інвалідів, алко- і наркозалежних осіб. Оскільки саме вони, за даними нашого дослідження, найчастіше стають жертвами умисних вбивств, що вчиняються із корисливих мотивів. На нашу думку, діяльність у цьому напрямі допомогла б суттєво знизити вірогідність зазначеної категорії населення стати жертвами досліджуваного виду злочинів. Для того, щоб соціальні працівники були «віктимологічно обізнані» й спроможні на таку діяльність, доцільно було підвищувати їх кваліфікацію шляхом проведення спеціалізованих віктимологічних курсів із залученням працівників правоохоронних органів.

Безперечно, ці напрями діяльності мають знайти своє відображення насамперед у державних та регіональних програмах. На жаль, зараз такі програми в нашій державі відсутні. Існуючі Комплексні програми профілактики злочинів

ності та правопорушень на 2016–2020 рр. затверджені лише у кількох областях України: Полтавській, Кіровоградській, Рівненській. Між тим, зазначені програми містять заходи загально-профілактичного значення. Отже, доцільно затвердити на державному рівні Комплексну програму профілактики правопорушень, яка б передбачала комплекс спеціальних заходів з попередження віктимної поведінки громадян. А регіональні програми варто доповнити відповідними заходами віктимологічної профілактики як корисливо-насильницьких злочинів загалом, так і умисних вбивств, що вчиняються з корисливих мотивів зокрема, з урахуванням регіональних особливостей цих злочинів.

Зауважимо також, що ініційований ще у 1998 р. Проект закону України «Про профілактику злочинів» досі так і не прийнятий. Ним визначається коло суспільних відносин у сфері профілактики злочинної поведінки; система заходів загальної і індивідуальної профілактики, яким пропонується надати обов'язковий характер; регулюється порядок їх здійснення державними та місцевими органами самоврядування; визначається коло суб'єктів, які реалізують профілактичну функцію, їх права та обов'язки, і осіб, щодо яких здійснюються передбачені заходи [6]. Тому підтримуємо позицію О. М. Джужи, що матеріальна, організаційна та правова база профілактики злочинів значно розширилась, якби було прийнято зазначений законопроект [7].

Важливе місце серед заходів віктимологічної профілактики умисних вбивств з корисливих мотивів посідає інформаційно-пропагандистська робота.

Заходи у цьому напрямі мають бути чи не основними, оскільки певна частина жертв умисних вбивств з корисливих мотивів віктимізувалась внаслідок або власної необачності, або неправомірної поведінки, що може зумовлюватись як недостатньою поінформованістю жертв, так і хибами їх правового виховання. Завданням інформаційно-пропагандистської роботи з населенням має бути не тільки переорієнтація поведінки людей і підвищення рівня їх правової культури, а й пропаганда моральності. Інформаційно-профілактична робота з населенням може мати як загальний, так і цільовий характер. Цільові заходи розробляються для груп населення з підвищеним рівнем віктимності, які в силу своїх особистих якостей, професійної належності, зовнішніх чинників можуть стати жертвами умисних вбивств з корисливих мотивів. Так, наприклад, для того щоб попередити віктимну поведінку серед неповнолітніх, необхідно запроваджувати відповідні віктимологічні програми у навчальний процес. З особами похилого віку можна проводити індивідуальні віктимологічні бесіди, а з особами, які займаються підприємницькою діяльністю – групові віктимологічні тренінги тощо. Стосовно окремих категорій осіб (алко- або наркозалежних) профілактична робота має включати не тільки інформаційну складову, але спрямовуватися на зміну їх аморальних поглядів і формування позитивних внутрішніх установок. Все це сприятиме формуванню у громадян стійких практичних навичок антивіктимної поведінки у разі небезпечних ситуацій.

Заходи віктимологічного запобігання загального характеру зводяться в основному до інформування населення про можливе виникнення небезпечних

ситуацій. Йдеться про проведення широкомасштабної роз'яснювальної роботи з використанням наочної агітації. У листівках та на шпальтах газет корисно публікувати рекомендації про елементарні правила перестороги, поведження у різних життєвих ситуаціях, а також іншу віктимологічну інформацію, що сприятиме підвищенню пильності громадян. Окрему увагу слід приділити поширенню буклетів, пам'яток чи посібників серед населення, які б містили конкретні поради як не стати жертвою умисних вбивств з корисливих мотивів. Такі поради слід розробляти спираючись на дані правоохоронних органів, які під час розслідування корисливих насильницьких злочинів мають досліджувати обставини віктимологічного характеру у кожній конкретній справі. Така друкована продукція може містити статистичні дані про кількість умисних вбивств з корисливих мотивів, а також приклади конкретних життєвих ситуацій і рекомендації щодо безпечного поведження в них.

Не можна не дооцінювати віктимологічну роль ЗМІ у запобіганні умисних вбивств з корисливих мотивів. На нашу думку, інформація щодо правил перестороги повинна поширюватися так само, як і пропаганда здорового способу життя або заборони вживання алкогольних напоїв. У громадських місцях (вокзали, громадський транспорт, аеропорти) через гучномовці періодично може лунати інформація про поведження у тих чи інших небезпечних ситуаціях. До того ж, віктимологічна реклама може бути розміщена на білбордах, у пунктах обміну валют, зупинках громадського транспорту. Важливо зазначити, що ефективність віктимологічного запобігання умисним вбивствам з корисливих мотивів залежить від того, наскільки людина сприйматиме відповідну інформацію. Саме тому вона не повинна викликати почуття остраху. Навпаки, інформація має бути позитивною, носити рекомендаційний характер з тим, щоб знизити ризик опинитися у ролі жертви злочину, переглянути ставлення до своїх власних учинків, а також відносини з людьми з близького оточення.

Звісно, реалізація віктимологічних заходів інформаційного характеру повністю не змінить особистих якостей людини, які нерідко детермінують віктимну поведінку. Однак вони дозволять, на нашу думку, створити підґрунтя для активізації природно закладеного у кожній людині інстинкту самозбереження і вберегтися від можливої небезпеки.

Доповнити перелічені напрями віктимологічної профілактики умисних вбивств з корисливих мотивів варто заходами технічного характеру. Останні передбачають створення технічних перешкод на шляху до вчинення злочину. Громадяни в умовах загострення криміногенної ситуації зобов'язані докласти максимум зусиль для забезпечення особистої та майнової безпеки. Особливу увагу слід приділити захисту житла, оскільки, як показує практика, саме воно є найбільш розповсюдженим місцем вчинення умисних вбивств з корисливих мотивів.

Висновки. Віктимологічна профілактика умисних вбивств з корисливих мотивів становить собою систематичну, різнопланову діяльність державних органів, громадських організацій та окремих громадян, що спрямована на зни-

ження рівня віктимної схильності окремих категорій населення стати жертвами зазначених злочинів. Ефективність віктимологічної профілактики залежатиме, з одного боку, від поінформованості громадян, а з іншого, від політики держави у справі забезпечення захисту громадян від злочинності. Наведені вище рекомендації допоможуть мінімізувати випадки віктимогенних ситуацій, сприятимуть загальному підвищенню рівня віктимологічної культури громадян, а також дозволять знизити ризик окремих категорій населення стати жертвами цих злочинів.

Список літератури:

1. Рыбальская В. Я. Виктимологические проблемы преступности несовершеннолетних. Виктимология и профилактика правонарушений. Иркутск, 1983. С. 184–188.
2. Веселуха В. Значення віктимологічної профілактики в системі запобігання злочинності. *Право України*. 1999. Вип. 10. С. 68 – 71.
3. Коновалов В. П., Франк Л. В. Об организации виктимологического исследования направления профилактики преступности в Таджикской ССР. Душанбе, 1976. 15 с.
4. Алексеев А. И. Криминология: курс лекций. Москва: Щит-М, 1998. 340 с.
5. Головкін Б. М. Віктимізація населення в Україні: стан, детермінанти, запобігання. *Теорія і практика правознавства*. 2014. Вип. 2 (6). С. 1–11.
6. Про профілактику злочинів: проект Закону України від 1998 р. URL: http://static.rada.gov.ua/osmir/tables/10_98/TABL0924.html (дата звернення: 14.12.2016).
7. Джужа О. М., Василевич В. В., Гіда О. Ф. Профілактика злочинів: підручник / за ред. О. М. Джужи. Київ: Атіка, 2011. 720 с.

References:

1. Rybal'skaja, V.Ja. (1983). Viktimologicheskie problemy prestupnosti nesovershennoletnih. Viktimologija i profilaktika pravonarushenij – Victimology and crime prevention, 184–188 [in Russian].
2. Veselukha, V. (1999). Znachennia viktymolohichnoi profilaktyky v systemi zapobihannia zlochynnosti. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 10, 68–71 [in Ukrainian];
3. Konovalov, V.P., Frank, L.V. (1976). Ob organizacii viktimologicheskogo issledovanija napravlenija profilaktiki prestupnosti v Tadzhijskoj SSR, 15 [in Russian];
4. Alekseev, A.I. (1998). Kriminologija. Moscow: Shhit-M [in Russian];
5. Holovkin, B.M. (2014). Viktymizatsiia naseleennia v Ukraini: stan, determinanty, zapobihannia [Victimization of the population in Ukraine: status, determinants, prevention]. *Teoriia i praktyka pravoznavstva – Theory and practice of jurisprudence*, issue 2(6), 1–11 [in Ukrainian];
6. Pro profilaktyku zlochyniv: proekt Zakonu Ukrayiny vid 1998 r. (1998). URL: http://static.rada.gov.ua/osmir/tables/10_98/TABL0924.html.
7. Dzhuzha, O.M., Vasylevych, V.V., Hida, O.F. (Ed.). (2011). Profilaktyka zlochyniv. Kyiv: Atika [in Ukrainian].

Oberemko Yu. O., Postgraduate Student, Academician Stashis Scientific and Research Institute for the Study of Crime problems, National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: oberyulia@ukr.net ; ORCID 0000-0002-6948-25-17

Victimological prevention murder committed for mercenary motives

One of the areas of prevention of murders, acts of greed victimological prevention. Criminologists repeatedly drawn attention to the specified direction of crime prevention, but their views differ. The general nature of victimological direction of crime prevention is diverse activities of social institutions, to

establish, eliminate or neutralize factors, situations and circumstances that shape behavior and cause the victim to commit a crime.

The main objective of victimological prevention murders of greed, in our opinion, should be the development and implementation of measures aimed at reducing victimization propensity certain categories of people become victims of these crimes. Given the results of its own studies suggest measures victimological prevention of homicides committed with mercenary motives divided into: organizational, legal, informational and educational and technical.

Victimological prevention murders of greed is a systematic, diversified activities of state bodies, public organizations and individuals that should be aimed at reducing victimization propensity certain categories of people become victims of these crimes. The effectiveness of prevention victimological zalezhatymet on one side of public awareness, and on the other – from the policy in ensuring the protection of citizens against crime. The above suggestions will help minimize cases viktymohennyh situations contribute to raising the level of general culture victimological citizens and will reduce the risk of certain categories of people become victims of these crimes.

Keywords: premeditated murder with mercenary motives; victims of crime; victimological prevention; preventive effect.

Надійшла до редколегії 15.05.2017 р.



Вегера-Іжевська Ірина Володимирівна,
аспірант кафедри кримінального процесу
та оперативно-розшукової діяльності,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: ir.ve2012@yandex.ru
ORCID 0000-0003-2850-4043

doi: 10.21564/2414–990x.137.102190
УДК 343.132.2

ПРАВОВИЙ СТАТУС ОСОБИ, У ЖИТЛІ ЧИ ІНШОМУ ВОЛОДІННІ ЯКОЇ ПРОВІДИТЬСЯ ОБШУК

Досліджується правове регулювання процесуальних прав і обов'язків особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук. Проаналізовано правозастосовну практику України та Європейського суду з прав людини, зарубіжне кримінальне процесуальне законодавство, з'ясовано недоліки нормативного врегулювання правового статусу особи, що можуть перешкоджати реалізації права на недоторканність житла чи іншого володіння особи. Розроблено пропозиції щодо доповнення чинного законодавства положеннями про добровільну видачу об'єктів, зазначених в ухвалі, або вказання місця знаходження розшукуваної особи; оскарження рішень, дій та бездіяльності слідчого або прокурора під час проведення обшуку; обов'язкової участі адвоката в обшукові.

Ключові слова: право на недоторканність житла чи іншого володіння особи; оскарження дій слідчого під час обшуку; обшук; слідча (розшукова) дія; захист прав та законних інтересів особи; правовий статус особи.

Вегера-Ижевская И. В., аспирант кафедры уголовного процесса и уголовно-розыскной деятельности, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков
e-mail: ir.ve2012@yandex.ru ; ORCID 0000-0003-2850-4043

Правовой статус лица, в жилье или ином владении которого производится обыск

Исследуется правовое регулирование процессуальных прав и обязанностей лица, в жилище или ином владении которого производится обыск. Проанализированы правоприменительная практика Украины и Европейского суда по правам человека, зарубежное уголовное процессуальное законодательство, выяснено недостатки нормативного урегулирования правового статуса лица, которые могут препятствовать реализации права на неприкосновенность жилища или иного владения лица. Высказаны предложения о дополнении действующего законодательства положениями о добровольной выдаче объектов, указанных в постановлении, или указании места нахождения разыскиваемого лица; обжалование решений, действий и бездействия следователя или прокурора при проведении обыска; обязательного участия адвоката в обыске.

Ключевые слова: право на неприкосновенность жилья или иного владения лица; обжалование действий следователя во время обыска; обыск; следственное (розыскное) действие; защита прав и законных интересов лица; правовой статус лица.

Вступ. Проблема забезпечення прав особи при проведенні слідчих (розшукових) дій належить до таких, що традиційно викликають увагу науковців, і тому виступає предметом багатьох досліджень з питань кримінального провадження. Особливо це стосується забезпечення прав особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, оскільки саме ця слідча (розшукова) дія найбільшою мірою є втручанням у сферу прав людини і пов'язана із застосуванням примусу, що істотно обмежує конституційне право кожного на недоторканність житла. Ці питання стали предметом наукових досліджень Ю. П. Аленіна, О. В. Білоуса, В. І. Галагана, О. І. Галагана, Ю. М. Грошевого, І. В. Гловюк, О. М. Дроздова, С. Ю. Ільченка, Л. М. Лобойка, О. В. Капліної, В. О. Коновалової, І. Ф. Літвінової, В. Т. Малярєнка, В. Назарова, М. А. Погорєцького, Л. Д. Удалової, В. Ю. Шепітька, О. Г. Шило та інших українських учених.

Аналіз літературних даних. Незважаючи на наявність багатьох наукових досліджень з цієї проблеми, її не можна вважати вичерпаною ані з огляду на недосконалість чинного кримінального процесуального законодавства України, ані враховуючи практику Європейського суду з прав людини та наявну слідчу і судову практику.

Мета та завдання дослідження – виокремлення процесуальних прав та обов'язків особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, виявлення недоліків у чинному законодавстві, що можуть призвести до порушення прав та законних інтересів осіб, у житлі чи іншому володінні яких проводиться обшук.

Виклад основного матеріалу. Аналіз статей 234-236 КПК України, що регламентують порядок проведення обшуку, призводить до висновку про те, що ця слідча (розшукова) дія може проводитися в житлі або іншому володінні особи, яка в конкретному кримінальному провадженні може мати процесуальний статус (зокрема, підозрюваного), а може і взагалі не мати ніякого статусу. Понад те, у житлі чи іншому володінні, як правило, можуть проживати та перебувати інші особи, які не мають стосунку до кримінального провадження, проте у зв'язку із проведенням обшуку їх права та законні інтереси також істотно обмежуються. Виходячи з цього, а також враховуючи специфічний характер цієї слідчої (розшукової) дії, яка пов'язана із проведенням пошукових дій, а відтак – втручанням до сфери особистих прав і законних інтересів людини, особливої актуальності набуває питання нормативного врегулювання правового статусу особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук. У теорії права правовий статус особи традиційно визначається як сукупність суб'єктивних прав, юридичних обов'язків та законних інтересів суб'єкта права [1, с. 237]. Не вдаючись до наукових дискусій з приводу визначення змісту поняття «правовий статус особи», в подальшому нашому дослідженні будемо виходити з наведеного його розуміння.

Розглядаючи проблему процесуального статусу особи, у житлі або іншому володінні якої проводиться обшук, перш за все слід вказати відсутність в законі окремого правового регулювання процесуальних прав та обов'язків цієї особи. Останні можуть бути названі, виходячи із аналізу змісту статей 234–236 КПК України. Умовно їх можливо поділити на три групи: 1) процесуальні права особи перед проведенням обшуку; 2) процесуальні права під час проведення обшуку; 3) процесуальні права після проведення обшуку.

Щодо першої групи процесуальних прав особи, у житлі чи іншому володінні якої має бути проведено обшук. Частина 3 ст. 236 КПК України передбачає, що перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі повинна бути пред'явлена ухвала і надана її копія. Тлумачення цього положення дозволяє дійти висновку про те, що ця особа має право: а) на ознайомлення зі змістом ухвали про дозвіл на обшук, яке має бути здійснено перед проведенням цієї слідчої (розшукової) дії (адже, як вказується у науково-практичному коментарі КПК України, пред'явлення ухвали слідчого судді полягає у демонструванні цього процесуального документа особі, яка володіє житлом, а за її відсутності – іншій присутній особі, оголошенні тексту ухвали або наданні можливості прочитати ухвалу самостійно [2, с. 470]); б) на отримання копії ухвали слідчого судді.

У цьому контексті звертає увагу чинна редакція ст. 236 КПК України, яка на відміну від ст. 183 КПК України 1960 р. не передбачає обов'язку слідчого перед проведенням обшуку запропонувати особі видати предмети або документи. Так, ч. 1 ст. 183 КПК України містила наступне правило: перед обшуком слідчий пропонує видати зазначені в постанові предмети або документи, а також вказати місце, де переховується злочинець. У разі відмови виконати його вимоги слідчий проводить обшук або виїмку в примусовому порядку. Це положення, на наш погляд, відіграє важливе значення у механізмі забезпечення прав і законних інтересів особи, у житлі або іншому володінні якої має проводитися обшук. Адже видача нею запитуваних предметів чи документів свідчить про досягнення мети обшуку, а відтак – відсутність необхідності проведення будь-яких інших дій, пов'язаних із проникненням до житла чи іншого володіння особи і здійснення в ньому пошуку. На жаль, чинне законодавство не передбачає подібного правила, що з огляду на його правозахисну спрямованість слід вважати прогалиною чинного правового регулювання. Видається, що наявне у ч. 5 ст. 236 КПК України положення стосовно того, що обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку, не може вважатися достатнім для захисту інтересів особи, оскільки з нього не випливає обов'язок слідчого перед проведенням обшуку запропонувати особі видати об'єкт обшуку.

З огляду на сказане, пропонуємо доповнити ч. 3 ст. 236 КПК України положенням такого змісту: «Перед обшуком слідчий пропонує особі, у житлі чи іншому володінні якої планується здійснити обшук, видати зазначені в ухвалі предмети чи документи та/або вказати місце, де переховується розшукувана

особа. У разі відмови виконати ці вимоги слідчий проводить обшук». У такому разі у особи, у житлі чи іншому володінні якої має бути проведено обшук, виникає ще одне право, що корелює сформульованому нами положенню, а саме – добровільно видати об'єкти, зазначені в ухвалі, або вказати місце знаходження розшукуваної особи. Реалізація цього процесуального права, як і всіх інших суб'єктивних прав, безумовно, залежить від волевиявлення його носія, проте його наявність разом із іншими процесуальними правами є гарантією забезпечення законних інтересів вказаної особи.

Друга група процесуальних прав пов'язана із захистом законних інтересів особи під час проведення обшуку в її житлі чи іншому володінні. Згідно з ч. 8 ст. 236 КПК України особи, у присутності яких здійснюється обшук, при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку. Відповідно до ч. 9 ст. 236 КПК України особа, у якої проведено обшук, має право на вручення другого примірника протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності).

Нарешті, третя група процесуальних прав спрямована на захист законних інтересів особи після проведення обшуку в її житлі чи іншому володінні. Згідно з ч. 4 ст. 236 КПК України слідчий, прокурор у разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що в ньому знаходиться, та унеможливити доступ до нього сторонніх осіб. Цьому обов'язку слідчого, прокурора кореспондує право особи на забезпечення схоронності її майна.

На окрему увагу в контексті розгляду даного питання заслуговує проблема оскарження дій слідчого, прокурора під час обшуку. Тлумачення частин 1 та 2 ст. 303 КПК України у їх системному зв'язку дозволяє дійти висновку про те, що скарги на дії слідчого, прокурора під час обшуку можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді згідно з правилами статей 314–316 КПК України. Тож особа, у житлі чи іншому володінні якої було проведено обшук, має право на оскарження до суду цих лише під час підготовчого провадження. У зв'язку з цим видається за необхідне наголосити на такому. По-перше, порядок підготовчого провадження, що передбачено вищевказаними статтями, не містить жодного положення щодо розгляду судом скарг на дії слідчого, прокурора під час досудового розслідування. Між тим, відсутність порядку розгляду цих скарг перетворює зазначене право особи на оскарження дій слідчого, прокурора у декларацію. По-друге, як свідчить правозастосовна практика, між обшуком та підготовчим провадженням, як правило, проходить досить тривалий час, що істотно перешкоджає отриманню особою ефективного судового захисту її прав і законних інтересів. При порушеннях слідчим установленого законом порядку проведення обшуку, які не пов'язані з вирішенням питання допустимості отриманих доказів, проте таких, що позначаються на законних інтересах особи (приміром, пошкодження майна під час обшуку, що не викликано необхідністю), остання, по суті, позбавлена можливості оперативно

захистити свої інтереси через відсутність у законі відповідної процедури. Це тим більше заслуговує на увагу, оскільки в чинному законодавстві відсутнє положення, що містилося у КПК України 1960 р., відповідно до ч. 2 ст. 183 якого «проводячи обшук, слідчий має право розкривати замкнені приміщення і сховища, якщо володілець відмовляється їх відкрити. При цьому слідчий повинен уникати не викликаних необхідністю пошкоджень дверей, замків та інших предметів». Останнього речення в чинному КПК немає.

При дослідженні проблеми оскарження дій слідчого, прокурора під час обшуку слід звернутися до практики ЄСПЛ, зокрема, на особливу увагу заслуговує рішення у справі «Кузьменко проти України» від 9 березня 2017 р. Поліція провела 30 січня 2007 р. обшук у квартирі заявника в його присутності і вилучила три мобільні телефони, які, на думку заявника, належали йому і членам його сім'ї. Два телефони були марки Samsung і один з них – Nokia. За словами заявника, у невстановлений день вилучені телефони було повернуто. Заявник також повідомив, що ні він, ні члени його родини ніколи не звинувачувалися у вчиненні кримінального правопорушення і не брали участі в кримінальному судочинстві, що могло б стати підставою для видачі ордеру на обшук. 3 березня 2007 р. заявник подав скаргу в районний суд, стверджуючи, що його будинок обшукували без достатніх на те підстав, і він вимагає компенсації моральної шкоди за порушення недоторканності його приватної власності. 5 березня 2007 р. районний суд відмовився розглядати скаргу, посилаючись на відсутність компетенції. Суд зазначив, що всі скарги щодо незаконності процесуальних дій з боку правоохоронних органів, прийнятих у зв'язку з кримінальним розслідуванням, повинні бути подані в рамках відповідної кримінальної справи на підставі статей 234 і 236 Кримінально-процесуального кодексу України, чинного на той момент. 5 травня 2007 р. Київський апеляційний адміністративний суд відхилив скаргу заявника, і, по суті, залишив в силі рішення суду першої інстанції. 13 травня 2009 р. Вищий адміністративний суд України відхилив касаційну скаргу заявника. ЄСПЛ постановив, що в цій справі порушено право на справедливий суд, передбачене ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [3].

Наведене рішення ЄСПЛ свідчить про наявну проблему, що полягає у відсутності в чинному кримінальному процесуальному законодавстві України ефективного механізму судового захисту прав і законних інтересів особи, у житлі чи іншому володінні якої було проведено обшук. На наш погляд, ця проблема має бути вирішена шляхом віднесення до предмета оперативного судового контролю під час досудового розслідування, що здійснюється у порядку статей 303–308 КПК України, дій слідчого, прокурора під час проведення обшуку. Особі, інтересів якої стосуються ці дії (нею може бути як володілець житла, так і будь-яка інша особа, яка там проживає чи перебуває (постійно або тимчасово)), необхідно надати право їх оскарження до суду. У зв'язку з цим видається за доцільне доповнити ч. 1 ст. 303 КПК України пунктом 9 такого змісту: «...дії слідчого, прокурора під час проведення обшуку».

Слід звернути увагу на положення ч. 3 ст. 233 КПК України: якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню. У ситуації, коли отримана інформація у вигляді, наприклад, речових доказів або оригіналів документів, таке знищення «інформації», як того вимагає закон, може завдати непоправної шкоди правам та інтересам громадян. У зв'язку із цим з метою реалізації права на захист, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження ми підтримуємо думку О. В. Керевич щодо необхідності доповнити ч. 3 ст. 233 КПК України положенням, що «вилучені речі, документи підлягають негайному поверненню» [4].

Окрім процесуальних прав, що впливають із змісту ст. 236 КПК України, особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, має певні процесуальні обов'язки. Так, згідно з ч. 3 ст. 236 КПК України вона, а також інші особи, присутні при проведенні обшуку, повинні підкоритися забороні слідчого залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Невиконання цих вимог може призвести до притягнення до адміністративної (ст. 185 КпАП України) або кримінальної (статті 342, 343 КК України) відповідальності.

Зазначені процесуальні права і обов'язки особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, безпосередньо впливають із положень ст. 236 КПК України, проте вони не вичерпують коло всіх її прав і обов'язків, які також є елементами її процесуального статусу. Г. Литвин слушно вказує, що цій особі також належить право: знати, в рамках якого кримінального провадження відбувається дана слідча дія; знати відомості про осіб, які беруть участь в проведенні слідчої дії; мати захисника та користуватись його допомогою при проведенні обшуку; не давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом; брати участь у проведенні обшуку; забороняти вільно переміщуватись приміщенням, у якому проводиться обшук, в хаотичному порядку (мається на увазі вільний рух понятих, експертів, спеціалістів, інших учасників обшуку приміщенням, де не проводяться в даний час жодні дії) [5]; на застосування технічних засобів аудіо-, відеофіксації при проведенні слідчої дії; користуватись рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою особа володіє, та у разі необхідності користуватись послугами перекладача; знати про порядок підписання протоколу обшуку (частини 4, 5, 6 ст. 104 КПК України).

Усі вищенаведені права мають важливе значення в аспекті забезпечення конституційного права на недоторканність житла. Утім, на особливу увагу заслуговує таке право-гарантія, як право на участь захисника (адвоката) при проведенні обшуку, оскільки у випадку, якщо особа не має певного процесуального статусу в конкретному кримінальному провадженні, питання участі в обшуку її адвоката в законі чітко не врегульоване.

Вище зазначалося, що під час проведення обшуку істотного обмеження зазнають права та законні інтереси всіх осіб, які проживають або перебувають у житлі, що виступає об'єктом обшуку, навіть якщо ці особи не мають жодного відношення до кримінального правопорушення, у зв'язку із досудовим розслідуванням якого проводиться слідча (розшукова) дія. Часто обшук проводиться на початку досудового розслідування, а тому і особи, у житлі чи іншому володінні яких здійснюється ця процесуальна дія, можуть не мати у кримінальному провадженні чітко визначеного процесуального статусу. Утім, не викликає сумнівів необхідність отримання особою кваліфікованої юридичної допомоги саме під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії, оскільки, як зазначалося, вона пов'язана з істотним втручанням у сферу прав людини, а можливості оскарження до слідчого судді дій слідчого, прокурора під час обшуку чинний КПК України не передбачає.

Як свідчить правозастосовна практика, часті випадки відмови слідчими, прокурорами у допуску адвоката до участі у проведенні обшуку. Хоча у розпорядженні виконуючого обов'язки Генерального прокурора України від 22 лютого 2016 р. стверджується, що ці факти є поодинокими. Тим більше, що КПК України не містить прямої норми про допуск адвоката в будь-якому випадку надання правової допомоги до участі у проведенні процесуальних дій під час досудового розслідування [6].

Питання допуску адвоката до участі у проведенні обшуку, на нашу думку, необхідно розглянути у двох аспектах. Перший – якщо йдеться про допуск адвоката-захисника підозрюваного, другий – стосовно адвоката, який надає правову допомогу своєму клієнтові, який не має процесуального статусу в даному кримінальному провадженні.

У першому із вказаних випадків слід керуватися положеннями ч. 5 ст. 46 та ч. 1 ст. 236 КПК України, згідно з якими захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних дій, що проводяться за участі підозрюваного; до участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. Тлумачення вказаних законодавчих положень у їх системному зв'язку дозволяє дійти висновку про те, що слідчий має право запросити до участі в обшуку підозрюваного та його захисника; якщо ж обшук проводиться у житлі чи іншому володінні підозрюваного, захисник у силу вищевказаного його процесуального права може безперешкодно брати участь у проведенні цієї слідчої (розшукової) дії.

Більш складна ситуація виникає у разі, коли особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, не має чіткого процесуального статусу в даному кримінальному провадженні. У такому випадку зазначені положення КПК України не можуть застосовуватися. Утім, для правильного вирішення цього питання слід виходити із конституційного права людини на надання правової допомоги (ст. 59 Основного Закону), яке, як видається, не може бути обмежено у зв'язку із відсутністю спеціальної правової норми, спрямованої на забезпечення його реалізації.

Відмова слідчого, прокурора у допуску адвоката до участі в обшуку обмежує конституційне право особи на правову допомогу і у такий спосіб позбавляє її гарантії забезпечення іншого конституційного права – на недоторканність житла чи іншого володіння особи, оскільки найчастіше оцінити відповідність дій слідчого, прокурора, працівників оперативних підрозділів, що надають допомогу слідчому при проведенні цієї процесуальної дії, вимогам закону стосовно підстав та порядку проведення обшуку особа має можливість винятково за умови надання їй кваліфікованої правової допомоги. Саме тому право на правову допомогу за своєю правовою природою є правом-гарантією, що забезпечує реалізацію інших прав людини. Його реалізація обумовлена рівнем розвитку суспільства, забезпеченням доступу до механізмів правової допомоги. Це дозволяє констатувати його виражений позитивний характер, оскільки воно передбачає здійснення певних позитивних дій щодо створення механізму реалізації права на правову допомогу, в тому числі під час досудового розслідування. Тобто позитивному праву на правову допомогу кореспондує позитивний обов'язок держави створити належні умови для його реалізації, забезпечити вільний доступ кожного до механізмів правової допомоги.

З огляду на це вважаємо, що перешкоджання участі адвоката в обшуку шляхом відмови у його допуску слід кваліфікувати як перешкоджання його професійній діяльності, що тягне передбачену законом юридичну відповідальність, до того ж ускладнює реалізацію конституційного права на правову допомогу.

Слід додати, що згідно з конституційною нормою та принципами кримінального провадження, як зазначає М. Островська, навіть незапрошений, але такий, що фактично прибув, адвокат так само має право на доступ до клієнта в будь-якому випадку, як при проведенні обшуку, так і при інших слідчих (процесуальних) діях – затриманні клієнта, допиті, пред'явленні особи чи речей для впізнання тощо (статті 46, 208, 224, 228, 229 КПК України) [7]. Адже нерідко адвокати не можуть потрапити до місця проведення обшуку через недопущення їх не особою, яка здійснює обшук, а працівниками правоохоронних органів, котрі забезпечують охорону місця проведення слідчої дії. До речі, у подальшому поясненям не допуску може бути неможливість отримання відповідного дозволу слідчого, який був зайнятий проведенням слідчої дії [8].

У юридичній літературі неодноразово висловлювались обґрунтовані твердження, що вимога захисника про його участь в слідчій дії має бути для слідчого обов'язковою [9, с. 34], а відсутність повідомлення про проведення слідчої дії слід розглядати як істотне порушення права на захист [10, с. 6]. Також необхідно відзначити, що відповідно до ч. 2 ст. 46 КПК України якщо підозрюваний заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, проведення процесуальної дії відкладається, або для її проведення залучається захисник у порядку, передбаченому ст. 53 КПК України. Цю норму загального характеру слід поширити і на порядок проведення обшуку, тобто якщо особа, у приміщенні якої здійснюється ця слідча дія, заперечує проти її проведення без захисника, то слідчий невідкладно має вжити заходів для його залучення. У контексті роз-

гляду цього питання доречним видається звернення до порівняльно-правового аналізу, що може бути корисним при формулюванні висновків. Приміром, КПК Республіки Молдова містить окрему статтю під назвою «Особа, які присутні при проведенні обшуку чи виїмки предметів та документів», якою закріплено, що окрім спеціалістів, перекладачів та представників мають право бути присутніми і захисники при всіх діях органу кримінального розслідування і робити з цього приводу зауваження та заяви, які вносяться в протокол. Важливим є те, що якщо особа, у якої проводиться обшук, потребує присутності захисника, процесуальна дія призупиняється до появи захисника, але не більше, ніж на 2 години. Але в невідкладних випадках, коли існує ризик втрати, псування чи знищення доказів, або коли під загрозою стоїть безпека особи, у якої проводиться обшук, або інших осіб, обшук продовжується, вказуючи на причини цього в протоколі [11, ст. 127].

Цілком слушною видається думка вчених про те, що аналогічний підхід має застосовуватися і до розгляду та розв'язання клопотання особи, у якої проводиться обшук, про участь в обшуку її адвоката. Але слід зважати й на те, що при наявності ухвали слідчого судді про проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи дії, які перешкоджають проведенню обшуку, з боку особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, слід визнати законними, якщо дана особа виявить бажання реалізувати надане їй право на участь при обшуку адвоката, а це право не буде реалізоване [12, с. 6]. Зрозуміло, що в даному разі не йдеться про зловживання правом з боку підозрюваного.

17 вересня 2015 р. Консультативною радою при Генеральній прокуратурі України було прийнято рішення № 10-2015, яким визнано такою, що не відповідає принципам розумності, добросовісності та справедливості, існуючу практику органів, які здійснюють досудове розслідування щодо відмови у допуску до участі в проведенні обшуків (оглядів) адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла (іншого володіння). У зв'язку із цим Консультативна рада й звернулася до Генерального прокурора України з проханням видати відповідне методичне роз'яснення для нижчестоящих прокурорів [13]. 22 лютого 2016 р. в. о. Генерального прокурора України підписано лист № 0416-36вих-82окв-16, в якому керівникам регіональних прокуратур доручено вжити заходів для недопущення фактів незаконної відмови адвокатам брати участь у проведенні обшуків та інших слідчих дій. Указане підтверджує, що відмови у допуску адвоката до участі в обшуку непоодинокі і вже мають ознаки системної проблеми, що потребує розв'язання [5].

Висновки. Видається за доцільне прямо передбачити в КПК України положення, яким передбачити право особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, користуватися правовою допомогою адвоката, а також оскаржувати в порядку оперативного судового контролю рішення слідчого, прокурора про відмову в допущенні адвоката до участі у проведенні обшуку. Це унеможливить незаконну практику відмови слідчими, прокурорами у

допуску адвоката і стане важливою складовою правового механізму забезпечення конституційного права кожного на недоторканність житла чи іншого володіння.

Також пропонуємо доповнити ч. 3 ст. 236 КПК України положенням такого змісту: «Перед обшуком слідчий пропонує особі, у житлі чи іншому володінні якої планується здійснити обшук, видати зазначені в ухвалі предмети чи документи, а також вказати місце, де переховується розшукувана особа. У разі відмови виконати ці вимоги слідчий проводить обшук».

Видається за доцільне доповнити ч. 1 ст. 303 КПК України пунктом 9 такого змісту: «дії слідчого, прокурора під час проведення обшуку».

Список літератури:

1. Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин та ін.; за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2014. 368 с.
2. Банчук О. А., Куйбіда Р. О., Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2013 р. Харків: Фактор, 2013. 470 с.
3. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «КУЗЬМЕНКО проти України» від 9 березня 2017 р., заява № 49526/07. URL: <http://instzak.rada.gov.ua/instzak/doccatalog/document?tjsessionid=3A4333C82EEAEAF36455B211E156EA2?id=92635>.
4. Керевич О. В. Тактичні та процесуальні особливості проведення обшуку житла чи іншого володіння особи. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. Вип. 71. С. 379–385. URL: <http://www.apdp.in.ua/v71/55.pdf>.
5. ППУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках URL: <http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyati-advokatam-u-pravi-but-i-pri-sutnimi-pri-obshukah>.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
7. Островська М. Допуск адвоката до участі в проведенні обшуку. *Правовий тиждень*. 2015. Вип. № 24–26. С. 7–13. URL: <http://unba.org.ua/publications/991-dopusk-advokata-do-uchasti-v-provedenni-obshuku.html>.
8. Фаринник В. Загадка синьої папки. *Закон і бізнес*. 2015. Вип. 3 (1197). URL: http://zib.com.ua/ua/113888-scho_potribno_znati_gromadyanam_pro_poryadok_provedennya_obs.html.
9. Стуканов А. Уголовные дела о лжесвидетельстве. *Законность*. 1996. Вип. 1. С. 34–36.
10. Милова И. Е. Участие адвоката-защитника в собирании доказательств на предварительном следствии: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Самара, 1998. 17 с.
11. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=1;-263.
12. Арабули Д. Т. Теоретические и практические основы регулирования процессуального положения и деятельности адвоката – нового участника уголовного судопроизводства: монография / науч. ред. д.ю.н., проф. РФ А. П. Гуськова. Санкт-Петербург – Челябинск: ООО «Полиграф-Мастер», 2006. 136 с.
13. Рішення Консультативної ради при Генеральній прокуратурі України від 17.09.2015 р. № 10-2015. URL: http://www.gp.gov.ua/ua/krq.html?_m=publications&_t=rec&id=163224.

References:

1. Petryshyn, O.V., Pogrebnyak, S.P., Smorodynskyi, V.S. et al. (2014). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
2. Bunchyk, O.A., Kuibida, P.O., Khavronyuk, M.I. (2013). Naukovo-praktychnyj komentar do Kryminal'noho protsesual'noho kodeksu Ukrainy. Kharkiv: Faktor [in Ukrainian].

3. Rishennia Yevropeis'koho sudu z prav liudyny u spravi «KUZ'MENKO proty Ukrainy» vid 9 bereznia 2017 r., zaiava № 49526/07. URL: <http://instzak.rada.gov.ua/instzak/doccatalog/document;jsessionid=3A4333C82EEAEAF36455B211E156EA2?id=92635>.
4. Kerevuch, O.V. (2014). Taktichni ta protsesual'ni osoblyvosti provedennya obshuku zhytla chy inshoho volodinnya osoby [Tactical and procedural aspects of carrying out a search of the dwelling or other private property]. *Aktual'ni problemy derzhavy i prava*, issue 71, 379–385. URL: <http://www.apdp.in.ua/v71/55.pdf> [in Ukrainian].
5. HPU zaboronyla slidchym vidmovlyaty advokatam u pravi buty prysutnimy pry obshukakh [PGO banned investigators deny lawyers the right to be present during the search]. URL: <http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyati-advokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah> [in Ukrainian].
6. Kryriminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.04.2012 r. № 4651-VI. (2017). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
7. Ostrovska, M. (2016). Dopusk advokata do uchasti v provedenni obshuku [The admission of a lawyer to participate in the conduct of search]. *Pravovyi tyzhden'-Legal week*, issue 24–26, 7–13. URL: <http://unba.org.ua/publications/991-dopusk-advokata-do-uchasti-v-provedenni-obshuku.html> [in Ukrainian].
8. Farynnyk, V. (2015). Zahadka syn'oi papky [Mystery of blue folder]. *Zakon i biznes – Law and business*, issue 3 (1197). URL: http://zib.com.ua/ua/113888-scho_potribno_znati_gromadyanam_pro_poryadok_provedennya_obs.html [in Ukrainian].
9. Stykunov, A. (1996). Ugolovnye dela o lzhesvidetel'stve [Criminal cases of perjury]. *Zakonnost' – Legality*, 1, 34–36 [in Russian].
10. Milova, I.E. (1998). Uchastie advokata-zashhitnika v sobirani dokazatel'stv na predvaritel'nom sledstvii [Attorney's participation in the collection of evidence during the preliminary investigation]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Samara [in Russian].
11. Ugolovno-processual'nyj kodeks Respubliki Moldova vid 14.03.2003 r. №122-XV. (2003). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=1;-263.
12. Arabyli, D.T. (2006). Teoreticheskie i prakticheskie osnovy regulirovaniya processual'nogo polozenija i dejatel'nosti advokata – novogo uchastnika ugolovnogogo sudoproizvodstva. Sankt-Peterburg-Chelyabinsk: Poligraf-Master [in Russian].
13. Rishennia Konsultativnoi rady pry Heneralnii prokuraturi Ukrainy vid 17.09.2015 r. № 10-2015. URL: http://www.gp.gov.ua/ua/krq.html?_m=publications&_t=rec&id=163224.

Vehera-Izhevska I.V., Post Graduate Student of the Department of Criminal Procedure and Investigative Activities, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: ir.ve2012@yandex.ru ; ORCID 0000-0003-2850-4043

The legal status of persons in the dwelling or other private property of which the search is carried out

The article is devoted to legal regulation of procedural rights and obligations of persons in a dwelling or other private property of which the search is carried out. Analyzed enforcement practice of Ukraine and the European court of human rights, foreign criminal procedure law, clarified the shortcomings of the normative regulation of the legal status of the individual, which can interfere with the right to inviolability of the home or other private property of a person. Suggestions to amend the current legislation with the provisions of the voluntary disclosure of the objects specified in the resolution, or the indication of the location of the person sought.

Keywords: the right to inviolability of the dwelling or other private property of a person; appeal against actions of the investigator during the search; search; investigative action; protection of the the rights and legal interests of a person; legal status of a person.

Надійшла до редакції 23.05.2017 р.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Kerikmäe Tanel,
Prof., PhD,
Director of Tallinn Law School,
Tallinn University of Technology,
Estonia, Tallinn
e-mail: tanel.kerikmae@ttu.ee

doi: 10.21564/2414–990x.137.104023
UDC 341.241.2

EU CHARTER: ITS NATURE, INNOVATIVE CHARACTER AND HORIZONTAL EFFECT

*The author offers a description of the European Union Charter of Fundamental Rights as innovative dynamic instrument which is necessary and useful in the process of modelling the future of the protection of fundamental rights by the Union. He concludes that the Charter will influence the whole *acquis communautaire*. The extent of this impact is still somewhat unpredictable. Much depends on the political direction Europe is taking and the boldness of European judges in both Member States and the CJEU. Potentially, it can be used as a powerful tool to strengthen EU influence in the social sphere (strikes, collective bargaining, working conditions, etc.).*

The article also substantiates that the Charter applies to the activities of the EU institutions, but the extent to which it also applies to Member States, when implementing EU law, is unclear. The distinction will be a difficult one, taking into account the fact that most areas are regulated by both the EU and national legislation and it is sometimes complicated to distinguish one from another. The question of the EU turning into a rights-based union then has to do with the status of principles and values, namely, «are some of them turned into basic rights – protecting human rights and democratic procedures unconditionally?» Therefore, whether the Charter will open a new era in the development of the EU from limited economic cooperation to a full political, economic, and social union remains unclear. Future practice and, undoubtedly, emerging case law of the CJEU will provide more answers.

Keywords: human rights; European Union standards; European Union Charter of Fundamental Rights; Court of Justice of European Union; horizontal effect doctrine; European Court of Human Rights; Private Law Approach.

Керикмае Т., доктор философии, профессор, директор Таллиннской школы права Таллиннского технологического университета, Эстония, Таллинн.
e-mail: tanel.kerikmae@ttu.ee

Хартия ЕС: ее природа, инновационный характер и горизонтальный эффект

Характеризуется Хартия основных прав Европейского Союза как инновационный динамичный инструмент, который необходим и востребован в процессе моделирования будущей системы защиты фундаментальных прав человека в ЕС.

В центре внимания – вопросы влияния прав человека на правовой порядок ЕС, который первоначально формировался вокруг экономических интересов (свободное движение капиталов, товаров, людей). Обосновывается точка зрения, что Хартия повлияет на *acquis communautaire* в целом, однако степень такого влияния полностью не определена. Во многом она будет зависеть от политических настроений Европы и от решимости судей как в государствах-членах, так и в Суде Справедливости ЕС.

Рассмотрены возможные перспективы развития и практического применения доктрины горизонтального действия. Последняя считается противоречивой, поскольку основной целью фундаментальных прав является защита индивидов от нарушений их прав со стороны публичной власти. Ее смысл заключается в том, что фундаментальные права создают обязательства и выдвигают требования также и к другим (третьим) лицам, которые не наделены публично-властными полномочиями. В частности, обосновывается, что проявлением доктрины горизонтального действия является то, что директивы ЕС, адресованные государствам-членам, могут создавать обязанности по правам индивидов для негосударственных субъектов.

Ключевые слова: права человека; стандарты Европейского Союза; Хартия основных прав Европейского Союза; Суд Справедливости Европейского Союза; доктрина горизонтального действия; Европейский суд по правам человека; частноправовой подход.

Theoretical and Practical Pre-requisites to the EU Charter of Fundamental Rights. European Union law includes well-developed rules on the four fundamental economic freedoms (free movement of goods, workers, services, and capital), and for a while, these were the «rights» that the EU was aggressively safeguarding. However, as the EU legal order has matured to a fuller, more complete system, human rights could no longer be ignored. The intrinsic clash between economic interests and the protection of human rights became more apparent and required action on the part of both the European Court of Justice and other EU institutions¹.

It has long been an issue that, alongside the European Union, the Council of Europe's regional system of human rights protection has developed relatively effective jurisprudence under the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms. All EU Member States are also parties to the Convention, which may place them in a difficult position, for example, if an alleged human rights violation arises from a legal act or an action undertaken by a Member State pursuant to the EU law².

The birth of the European Charter and its nature can be explained by two and interrelated important ambitions – first, somewhat ambivalent EU constitutional developments and, second, the emerging human rights case law of the European Court of Justice that has aimed to solve the potential conflict between dogmatic common market approach and dynamism of the EU as related to the citizens of Europe. The Charter is a great piece of compromise between desires and reasonably possible mechanisms that can be introduced in the area. While some wanted it to make the existing human rights more visible in the EU level, others preferred to extend the scope and include new rights and spheres that were not covered before but are of great importance and innovative character. This document resembles the long-standing differences between different philosophies and ideologies and the way

¹ Kerikmäe and Käsper (2008).

² Ibid.

to find a compromise in this complex situation and get to the outcome in the form of the Charter¹. Human rights (beside criminal jurisdiction) have always been a symbol of independence and sovereignty of the statehood. This is the principal reason for a long-lasting discussion over the EU catalogue of fundamental rights, in particular regarding its form and content.

Another challenge continues to be a matter that basic rights can be related to any issue regulated by law, which makes the division of the powers in multilevel system rather sophisticated at first glance. Even in post-Lisbon EU, the borderline between exclusive, joint, and Member State competence is far from being clear due to different political and interest groups that still have distinguishable aspirations of the Union's future.

It is still relevant to emphasise that both of the aforementioned ambitions are carefully taking into account the constitutional values of the Member States. Therefore, case law of the CJEU can also be seen as an achievement to the integration that prepares the next stage in the EU development.

CJEU Case Law and the Charter. At least through the CJEU case law, the EU has not shown that principles of EU law may have an impact also on the issues outside of the areas, however, within the competence of the EU. Thus, there is a «sneaking», secondary impact of the law that may be wider than the primary, explicit one. In the Mangold case², the CJEU found a common principle of prohibition of discrimination based on age, which is not easy to establish from reading the Constitutions of the Member States³. Nevertheless, such a principle potentially restricted the behaviour of Member States in areas outside the EU competence⁴.

Another important aspect is that the CJEU has also referred to the European Convention of Human Rights⁵ in its several judgments. In the 1990s, the Court had to consider the impact that human rights had on the EU rules. In one of the relevant landmark decisions, the Schmidberger case⁶, the CJEU had to rule on a sharp conflict between human rights and one of the basic economic freedoms, the free movement of goods. In that case, an Austrian environmental organisation blocked part of a busy motorway as a form of political protest for environmental protection. The Court was asked to consider whether the failure of Austrian authorities to prevent this blockage constituted a specific justification for restrictions on the free movement of goods. In its judgment, the CJEU stated that «measures which are incompatible

¹ Bellamy and Schonlau (2012).

² See ECJ Case Mangold v. Helm (2005) C-144/04.

³ Eriksson (2009), p. 736.

⁴ See Kerikmäe and Nyman-Metcalf (2012b).

⁵ A reference to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms was inserted into EU law by Art. 6(2) of Treaty of European Union (Maastricht Treaty) adopted in 1992, according to which the «Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law».

⁶ See ECJ Case Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich (2003) C-112/00.

with observance of the human rights thus recognised are not acceptable in the Community». The Court went on saying that protection of human rights, namely the freedom of expression and the freedom of assembly, can outweigh even a fundamental community right, such as the right to free movement of goods¹.

In his paper Schermers concludes the following: «Already now violation of human rights will be a ground for annulment of a Community act. The CJEU applies fundamental human rights as general principles of law. Acceptance of the Charter will offer a clearer and more binding foundation to the existing case-law...»². The Charter would weld the jurisprudence of the CJEU and relate it to the EU constitutional developments that were prepared more than a decade ago.

Charter-Relevant International Law and Practice. The EU proposed drafting of the Charter at the Cologne European Council in June 1999 based on the Commission's report from earlier that year³. The draft text was approved by the Biarritz European Council in October 2000 and subsequently by the European Parliament, Council, and Commission. It was drafted with a view to including it in the Treaty of European Union. Later, it was included as one of the main components of the Constitutional Treaty, which after that has become the Reform Treaty and then the Lisbon Treaty. As the idea of having a European Constitution was regarded as too elitist, the Charter was separated from the text of the Treaty and exists in the form of an independent legal act. Such an outcome also was affected by the results of the referenda in the Netherlands and France in 2005. In general, the Charter was well received, and right after its adoption some courts of the Member States have mentioned it as a subsidiary source of law⁴. In most cases, the European Court of Human Rights, for its part, is referring to the EU Charter descriptively in the part of a judgment called «relevant international law and practice».

Innovative and Intricate Character. The content of the Charter is manifold⁵. Some might consider that too many newly recognised rights have been introduced. The text includes «traditional» civil and political rights such as protection of human dignity (Art. 1), right to life (Art. 2), prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (Art. 4), and prohibition of slavery and forced labour (Art. 5). It also contains traditional freedoms such as right to liberty and security (Art. 6), respect for private and family life (Art. 7), and freedom of thought, conscience and religion (Art. 10). The Charter lists the social and cultural rights: right to education (Art. 14), freedom to choose an occupation and right to engage in work (Art. 15). It also pays special attention to cultural rights in the form of freedom of the arts and sciences (Art. 13).

¹ Kerikmäe and Käsper (2008).

² Schermers (2001), p. 8.

³ Report of the Expert Group on Fundamental Rights, the European Commission. Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act. Brussels, February, 1999.

⁴ For example, the Estonian Supreme Court has stated in its decision on 17 February 2003 in Case No. 3-4-1-1-03 that the Charter is not legally binding but reflects certain principles of law that are common to all EU Member States; RTIII (7 March 2003) 5, p. 48.

⁵ See Kerikmäe and Käsper (2008).

Some of the rights are specific to the EU internal market, among them is freedom to conduct business (Art. 16), workers' right to information and consultation within the undertaking (Art. 27), and right to collective bargaining and action (Art. 28). An entire section is devoted to non-discrimination: equality before the law (Art. 20). The rights of children and the elderly (Arts. 24–25) are mentioned separately. Art. 33 on family and professional life declares that «the family shall enjoy legal, economic and social protection». Special attention is paid to social security and social assistance (Art. 34), health care (Art. 35), access to services of general economic interest (Art. 36), environmental protection (Art. 37), and consumer protection (Art. 38).

Chapter V is a catalogue of citizens' rights: the right to vote and to stand as a candidate at elections to the European Parliament (Art. 39), the right to vote and to stand as a candidate at municipal elections (Art. 40), the right to good administration (Art. 41), freedom of movement and of residence (Art. 45), and diplomatic and consular protection (Art. 46). Chapter VI concentrates on procedural rights such as fair trial, presumption of innocence, principles of proportionality, and legality.

The content of the Charter is a mixture of fundamental rights, principles and values, and ideas, some of which have clear frames and history of application, whereas others are novel concepts that have not yet found their clear place in the *espace juridique Europeen* (European legal space).

In Between Human Rights and EU Standards. In general, the universality of human rights might be in danger. As I recently stated with my colleague Prof. Metcalf: «Maybe it is so that fewer rights but stronger ones which furthermore are really universal actually could mean more rights? The rights and the understanding and interpretation of rights may have to be purist. This may be the way universal human rights as a concept can survive at all. In the modern world there are different trends that to some extent conflict, like the trend of globalisation but also the reemphasising in different parts of the world of traditional values, whether from a religious background or something else»¹. However, the EU Charter, even in its complexity, has to be seen as a European regional set of «fundamental rights» that are legally allocated to be supervised by external authority – reliable human rights protection system established by the Council of Europe, the European Convention of Human Rights and Freedoms.

The main problem related to the Charter is most likely related to its normative structure. The Charter contains *rights* and *principles* that are to be treated differently and were drafted as a mechanism to achieve consensus on the broad range of rights included in the Charter². Blackstock asks, «What is a right and what is a principle then?» and finds that, in many cases, this is not a «clear cut». By her, the explanations do in some places identify the distinction, e.g., the «rights» of the

¹ Kerikmäe and Nyman-Metcalf (2012a).

² Blackstock (2012), April 17. <http://eutopialaw.com/2012/04/17/the-eu-charter-of-fundamental-rights-scope-and-competance/>.

elderly (Art. 25 CFR) and environmental protection (Art. 27 CFR). However, here Blackstock's conclusion proves it again – it is not a «clear cut»: socio-economic rights can have as much importance as interference with civil liberties, e.g., the right to vote discourse. Furthermore, rights and principles may be expressed in the same article, e.g., right to family and professional life (Art. 33 CFR)¹. Art. 52.5 of the Charter states that principles are justiciable only insofar as they are implemented by measures taken by Member States. The Explanations of the Charter clarify that principles do not «give rise to direct claims for positive action by the Union's institutions or Member States' authorities».

Some of the authors are straightforward in making reference to «the potential federal effect of the Charter». For example, by Groussot, Pech, and Petursson, “it is sometimes alleged that the new legally binding status of the Charter may eventually convince the CJEU to enforce common standards applicable right across the EU regardless of whether national measures fall within or outside the scope of application of EU law»².

A Charter is, from the perspective of international law, e.g., European Convention of Fundamental Rights and Freedoms, a set of constitutional rights and principles, a European national constitutional law. By de Sousa, «national measures applying to private relationships must be interpreted in accordance with the fundamental freedoms, or, if such *'interpretation conforme'* is not possible, those national measures must be disapplied»³. The Charter would be seen as a step forward to establish a direct horizontal effect, as the collisions between human rights and the EU standards of fundamental rights and principles can be furnished by constitutional legal culture of Member States.

New Perspective for Horizontal Effect? Lately, the phenomenon of the horizontal effect⁴ has been intensively discussed in legal theory. The controversy in applying the horizontal effect doctrine is that the aim of fundamental rights was to protect individuals from violation of their rights by public authorities while exercising their powers. However, if an individual can invoke rights against another individual, fundamental rights become as a duty and requirement for the other person⁵. Tzevelekos finds that «with respect to human rights abuses by third parties the first-generation norm creates an affirmative 'quasihorizontal' effect which imposes an obligation upon the state to adopt – for the benefit of subjects under its jurisdiction – the necessary positive measures for prevention and prohibition of human rights abuses by third parties»⁶. He also adds that «the need for positive protection arises in situations where the enjoyment by citizens of their civil rights

¹ Blackstock (2012).

² See Groussot et al. (2011), <http://www.ericsteinpapers.eu/papers/2011-1>.

³ See De Sousa, http://www.academia.edu/2167103/Horizontal_Expressions_of_Vertic-al_Desires_-_Horizontal_Effect_and_the_Scope_of_the_EU_Fundamental_Freedoms.

⁴ This part of the chapter is inspired by the last FIDE Congress in Tallinn. See Kerikmäe et al. (2012).

⁵ Besselink (2012), p. 17.

⁶ Tzevelekos (2010).

is threatened by something other than state acts»¹. The text of the Charter itself, particularly Art. 51, refers only to the EU institutions and to the Member States, excluding private groups or individuals as addressees. Moreover, the majority of Member States do not allow direct horizontal effect under their national law, therefore putting an obligation only to public authorities to respect the fundamental rights and become the addressees of the Charter². Does it mean that the horizontal character of the Charter is not possible? Some authors remain quite suspicious, making references to CJEU Case C-282/10.

*Maribel Dominguez*³, Opinion of AG Trstenjak delivered on 8 September 2011, and British and Polish opt-out protocol to the Charter⁴. As an exception, some Member States do allow direct horizontal effect, however, only for a small list of certain fundamental rights, e.g., civil and political rights in Portugal⁵.

However, it seems that when implementing human rights, *expressis verbis* reference to inter- or supranational law in the field (such as ECHR and EU Charter) are not formally required. Rather, teleological interpretation deriving from the international and supranational jurisprudence can be expected. Being excluded from the Lisbon Treaty, the Charter can still be regarded to be a part of EU constitutional law, its set of fundamental rights and freedoms. According to Alexy, there are two constructions of constitutional rights: the rule construction and the principles construction, both of them representing two opposing ideas on which the solution of the constitutional rights doctrine turns⁶. Thus, the horizontal effect of the Charter can be explained by the idea of Alexy, namely, the horizontal effect is a matter of constitutional review, behind which the tension between constitutional rights and democracy is found⁷. The Charter would, therefore, be a unique opportunity to establish a dialogue between national and supranational levels, fill the gap of legal *lacunae* that was restricted by blind dogmatism, protectionism, or technical collisions within multilevel legal system. The dialogue between two constitutional levels is inevitable for securing rule of law if we hope to build up the EU as a *Rechtstaat* that has legitimacy in decision-making. European legal identity cannot be seen as a final but as an ongoing process⁸.

The horizontal effect of the Charter is a concept that is rather possible to develop further due to the constitutional traditions in the Member States. For example, the Federal Constitutional Court of Germany, when considering whether the basic law of Germany had horizontal effects, reasoned that rights have both subjective (existing to protect individuals) and objective aspects (effectuating

¹ Tzevelekos (2010).

² Besselink (2012), p. 18.

³ See Groussot et al. (2011), p. 2.

⁴ See pending Joined Cases C-411/10 and C-193/10 *N.S.* and Opinion of AG Trstenjak delivered on 22 September 2011.

⁵ See Besselink (2012), p. 18.

⁶ Alexy (2010).

⁷ *Ibid.*

⁸ See also Kerikmäe (2010).

values of the society)¹. The latter aspect would justify the normative complexity of the Charter that clearly consists of rights and principles, reflecting the values and aspirations of European community. This is a decisive question of whether the Charter becomes an effective and applicable instrument. The opponents of the vision of constitutional dialogue are referring to the conflicts in the past. According to Kokott, the European integration is supranational; Community law is directly applicable and claims primacy in application over national law. She also claims that one of the fundamental principles, prohibition against age discrimination, deriving from case law and the Charter, has a direct horizontal effect and, in the legal orders of the Member States, constitutes an ultra vires act, violating national sovereignty². However, some of the fundamental freedoms (which are the core elements of EU policy) have been given direct effect in the EU level and, consequently, in the Member States. According to the existing ECJ case law, free movement of workers, freedom to provide services, and freedom of establishment have direct horizontal effect and these rights are also incorporated and protected in the Charter³.

Differences in Interpretation. Also, some authors refer to the inconsistencies between the CJEU's case law and that of the European Court of Human Rights. Van den Berghe states that «the Charter contains two provisions governing the relationship between the Charter and the Convention with a view to avoiding inconsistencies between both instruments. According to a number of Court of Human Rights judges, this recognition that the Convention's level of protection constitutes a minimum standard is 'a rule whose moral weight would already appear to be binding on any future legislative or judicial developments in European Union law'»⁴. Again, human rights protection is not a novel area for the Member States of the EU as they have experiences with the ECHR system. The adjustment of their EU-related legal obligations with the

Convention would be at least partly mediated by the EU Charter that can be seen as a highest constitutional text in protecting fundamental rights in the European Union. Furthermore, the aims of the principles deriving from the Charter can be implemented through the directives that also give certain margin of appreciation to the Member States. De Witte puts it as follows: «the European Union has conducted, during the last decade, an active policy of adopting anti-discrimination directives that aim at ensuring greater convergence between member-state laws in this domain. One aspect of this evolution is that the relevant EU legislation forces some states to reconsider their traditional view that fundamental rights should be binding and enforceable only against state authorities and not against private bodies and individuals. This Europe-driven 'horizontalisation' of anti-discrimination law is a major challenge for many national legal systems and contributes to the emergence of new but not uncontroversial conceptions of inclusive citizenship»⁵. Besides concrete

¹ See Schor (2010) and Ferreres Comella (2009), p. 238.

² Kokott (2010).

³ Besselink (2012), p. 19.

⁴ Van den Berghe (2010).

⁵ De Witte (2009).

rights, also principles that are guidelines or frames for the EU institutions and the Member States in their legislative process both in supranational (directives) and national (implementation acts and measures) levels are set by the Charter.

In its Case C 555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, the Luxembourg court has developed a new doctrine. The CJEU safeguarded its case law with the Charter, stating that the Directive 2000/78 «does not itself lay down the principle of equal treatment in the field of employment and occupation, which derives from various international instruments and from the constitutional traditions common to the Member States» but «has the sole purpose of laying down, in that field, a general framework for combating discrimination on various grounds including age». At the same time, the Court also refers to the EU Charter of Fundamental Rights, which «prohibits any discrimination on the grounds of age».

Using a Private Law Approach? There are also particular approaches to clarify the horizontal effect of fundamental rights. Private law experts see the solution in applying canons of private law. Irene Kull says that «the catalogue of fundamental rights that follows not only the principle of the freedom of contract, but also the principle of protecting the weaker party, binds the implementer of law and they are exercised via the indirect horizontal effect of fundamental rights with the help of private law principles (good faith, good morals, reasonableness, etc.). These principles guide judges in the interpretation of contract law provisions and in the elaboration of rules»¹. However, horizontal effect is different from the impact of rights on private law². In addition, the horizontal effect has sometimes been analysed by the competence areas. As explained by Eurofound, «the impact of the doctrine of horizontal direct effect, when applied to provisions of the Treaties, has been limited in the fields of employment and industrial relations»³. The inclusion of fundamental rights concerning employment and industrial relations in primary EU law, as was the case with equal pay for women and men (Art. 157 TFEU), could lead the CJEU to attribute binding «direct effect», vertical and horizontal, to provisions of the Charter. Authors of the commentaries of the EU Charter are rather careful in describing the horizontal nature of the legal act, finding only that «Art. 4 of the Charter may therefore potentially also be recognised a horizontal effect, imposing on the Union an obligation to act in order to prevent acts prohibited under this provision from being committed. Whether the institutions of the EU may be held responsible for torture and related forms of prohibited treatment conducted by private parties, organisations or individuals within the member states (where such preventive measures have not been institutionalised or implemented otherwise), is an open question.

However, it cannot be excluded a priori»⁴.

¹ See Kull (2007), <http://www.juridicainternational.eu/unfair-contracts-of-suretyship-a-question-about-the-horizontal-effect-of-fundamental-rights-or-about-the-application-of-contract-law-principles>.

² Krzeminska-Vamvaka (2009), <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091101.pdf>.

³ See Eurofound; the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions is a European Union body. <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/horizontaldirecteffect.htm>.

⁴ See The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Commentary of the Charter

De Sousa makes it clear that the terminology has often misunderstood that «the expression horizontal effect does not exclusively refer to relationships between private parties as horizontal effect can also be said to refer to the effect of Union law between Member States, while vertical effect also affects the relationship between the Union and individuals»¹. Thus, the horizontal effect should not, in the case of the EU Charter, be seen in a limited or narrow way but rather vice versa – giving the term much broader sense. In general, the progressive direction of accepting human rights application horizontally by EU Member States is a prerequisite in effective implementation of the EU Charter of Fundamental Rights. Certainly, every member state has still its own peculiarities in implementing EU law and fundamental rights.

Experience in Estonia. Leaving aside the examples of the «old member states», Estonia could become an example of German-oriented, conservative jurisdiction in explaining the progress of horizontal effect. The general acceptance of horizontal effect of fundamental rights in Estonia is visible, and one can find several analytical reports related to the issue. Already in 1998, the expertise presented by a governmental expert commission on constitutional issues² referred to the so-called construction problems related to horizontal legal relations, which could be solved by mechanisms of direct and indirect effect. Estonian experts were inspired by well-known German legal theorists Hans Carl Nipperdey and Günter Dürig.

However, the experts indicate another problem – collision – which leads to the contemporary discussion related to the norm hierarchy. The Commentaries to the Constitution of the Estonian Republic³ do not add much to the discussion concerning horizontal effect, being just more open-minded and flexible when presenting the same theoretical doctrines. The parts that are related to the EU membership are praising the supranationality of the EU legal norms and values. Also, the well-known textbook on Estonian constitutionalism, written by the former head of the Supreme Court, former justice of ECtHR and current MP, describes the *Drittwirkung* only as a case when one of the private parties is having public functions deriving from State authority and violates the rights of another private party⁴.

As the legal order in Estonia has been integrated into the EU legal system, the aspect of horizontal effect has been getting more practical importance, just as it has in the entire European *espace juridique*⁵. This issue is closely related to the question of possible collisions between norms in the multilevel legal system. Liina

of Fundamental Rights of the European Union, p. 45. <http://llet-131-198.uab.es/catedra/images/experts/COMMENTARY%20OF%20THE%20CHARTER.pdf>.

¹ De Sousa, p. 3.

² By request of Estonian Parliament (*Riigikogu*), the Government composed a special commission of constitutional expertise (members: Uno Lõhmus, Kalle Merusk, Heiki Pisuke, Jüri Raidla, Märt Rask, Heinrich Schneider, Eerik-Juhan Truuväli, Henn-Jüri Uibopuu, Paul Varul). There were several experts included in the discussions, also the undersigned of the current report, Tanel Kerikmäe. <http://www.just.ee/10725> (section 3).

³ Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Juura. Tallinn 2008, para 19.

⁴ Maruste (2004), p. 305.

⁵ Brems (2005), p. 301.

Kangur, analyst of the Supreme Court, refers to great challenges for Estonian courts that consist of «implementation of both EU law and domestic law in the light of aims established by EU law»¹. Uno Lõhmus explains the ideology of CJEU that is generally accepted by Estonian judiciary, i.e., the court of an EU Member State in the process of applying a domestic legal norm must take into account the text and the goals of the EU law as much as possible². It concerns mostly the EU secondary law where Member State has not only a certain margin of appreciation but also a certain part of the primary legislation, such as the regulations that require the establishment of special institutions and that require sanctions by the Member State³.

It can be assumed that the horizontal effect reflects the approach to the Constitution in general. Robert Alexy provides that «the question of which construction: the rule construction or the principles construction is to be preferred is, therefore, by no means a problem of theoretical interest alone»⁴. It seems that Estonia is following the path of principles construction as the Supreme Court declared the undisputable harmonisation with the EU law, while lower courts are following the Supreme Court declarations. However, they are not taking the initiative to use EU law directly or even quasi-directly. The principle is also reflected by Estonian theorists: «... fundamental rights do not settle a specific legal dispute, but open themselves via the legal provisions regulating the relevant area of law. The direct horizontal impact of fundamental rights and constitutional principles implies the possibility to rely on them in private law claims»⁵. Assuming that the horizontal effect is effective only if there is a visible positive obligation⁶, meaning enforceable rights, it is somewhat difficult to analyse whether the Estonian judiciary in general is inspired from ECHR and EU law or is just following the guidance of the Supreme Court. It seems that the Estonian Supreme Court likes the approach of the German Federal Court, where the horizontal effect of the Constitution itself is discussed⁷ and not encouraging the lower courts to take action on the basis of higher norms than the Constitution. It has been deemed to be a good interpretation filter for the Supreme Court.

The Estonian judicial approach then corresponds to the idea of exceptionality of horizontal effect, thus used directly «only if there are no appropriate statutory means of protection. Because constitutional rights and freedoms are at the core of the legal system, there should be a presumption that private law adequately protects them»⁸.

¹ See Kanger (2007), http://www.riigikohus.ee/vfs/776/Analyys%20EL%20oiguse%20kohaldamine%20HK%20praktikas%20%28L_Kanger%29.pdf.

² See Lõhmus (2007).

³ Ibid.

⁴ Alexy (2010).

⁵ See Kull (2007), <http://www.juridicainternational.eu/unfair-contracts-of-suretyship-a-question-about-the-horizontal-effect-of-fundamental-rights-or-about-the-application-of-contract-law-principles>.

⁶ See Wiesbrock Development Case Note, ECJ Case Seda Küçükdeveci V Swedex GmbH & Co. KG., Judgment of the Court (2010) C-555/07.

⁷ Schor (2010), p. 238.

⁸ Krzeminska-Vamvaka (2009), <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091101.pdf>.

Horizontal effect presupposes that the norm is directly applicable. There is no question about EU primary law. However, the discussion on direct effect of directives, considering their legal nature, has been intensive in European legal theory. As the conditions for direct applicability of directives has been agreed (Member State has failed the implementation, a directive is unconditional and gives certain rights to individuals), there exist diametrically different opinions on whether a directive can be horizontally effective¹. Šipilov finds three categories of cases that can presuppose the horizontal effect of directives:

- Although a directive is addressed to an EU member state, right(s) of an individual deriving from State obligations may injure the right(s) of other individuals (case of public procurement);
- Disputes between private parties may entail indirect effect of the directives as they can be used as a basis for interpretation of domestic legal norm;
- Interpretation of domestic law in accordance with a directive (again, indirect effect).

This kind of test would well be applicable in the case of the EU Charter.

Conclusion. There is no doubt that the Charter will influence the whole *acquis communautaire*². The extent of this impact is still somewhat unpredictable. Much depends on the political direction Europe is taking and the boldness of European judges in both Member States and, more importantly, the CJEU. Potentially, it can be used as a powerful tool to strengthen EU influence in the social sphere (strikes, collective bargaining, working conditions, etc.), which has to be taken into account by anyone who wishes to do business in or with Europe.

An open question is how the Charter will work in areas where the EU and Member States share competences. There is no doubt that the Charter applies to the activities of the EU institutions, but the extent to which it also applies to Member States, when implementing EU law, is unclear.

The distinction will be a difficult one, taking into account the fact that most areas are regulated by both the EU and national legislation and it is sometimes complicated to distinguish one from another. The question of the EU turning into a rights-based union then has to do with the status of principles and values, namely, «are some of them turned into basic rights – protecting human rights and democratic procedures unconditionally?»³. Therefore, whether the Charter will open a new era in the development of the EU from limited economic cooperation to a full political, economic, and social union remains unclear. Future practice and, undoubtedly, emerging case law of the CJEU will provide more answers. In any case, the significance of the Charter should not be underestimated.

¹ See Šipilov (2010) «Põhiõiguste kolmikmõju ja Euroopa Liidu õiguse horisontaalne kohaldatavus». Master thesis awarded by Estonian Ministry of Justice as the best research paper of 2010. <http://www.just.ee/52952>.

² Conclusion is inspired by Kerikmäe and Käsper (2008).

³ See Fossum (2004), http://www.arena.uio.no/cidel/Reports/Albarracin_Ch2.pdf.

References:

Books and Articles

1. Alexy R. (2010). Rights, balancing and proportionality. The construction of constitutional rights. Law & ethics human rights. The Berkeley Electronic Press, Berkeley.
2. Bellamy R., Schonlau J. (2012). The normality of constitutional politics: an analysis of the drafting of the EU charter of fundamental rights. In: Corradetti C (ed). Philosophical dimensions of human rights. Some contemporary views. Springer, Dordrecht, pp. 231–252.
3. Besselink L.F.M. (2012). The protection of fundamental rights post-Lisbon the interaction between the EU charter of fundamental rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions. Report of 25th FIDE congress.
4. Blackstock J. (2012). The EU charter of fundamental rights. Scope and competence, Eutopia Law. <http://eutopialaw.com/2012/04/18/the-eu-charter-of-fundamental-rights-scope-and-competence-2/>
5. Brems E (2005). Conflicting human rights: an exploration in the context of the right to a fair trial in the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms. Hum Rights Q 27:294–326.
6. De Sousa P.C. Horizontal expressions of vertical desires – horizontal effect and the scope of the EU Fundamental Freedoms. http://www.academia.edu/2167103/Horizontal_Expressions_of_Vertical_Desires_-_Horizontal_Effect_and_the_Scope_of_the_EU_Fundamental_Freedoms.
7. De Witte B. (2009). The crumbling public/private divide: horizontality in European anti-discrimination law. Citizenship Stud 13(5):515–525.
8. Eriksson A. (2009). European Court of Justice: broadening the scope of European non-discrimination law. Int J Constitut Law 7(4):731–753.
9. Ferreres Comella V. (2009). Constitutional courts and democratic values: a European perspective. Yale University Press, New Haven.
10. Fossum J.E. (2004). In: Closa C, Fossum JE (eds). Deliberative constitutional politics in the EU. Centre for European Studies, Oslo.
11. Groussot X., Pech L., Petursson GT (2011). The scope of application of EU fundamental rights on member states' action: in search of certainty in EU adjudication. Eric Stein Working Paper No. 1/2011.
12. Kanger L. (2007). Euroopa Liidu õiguse kohaldamine Eesti halduskohtute praktikas: põllumajandustoetuste ja üleliigse laovaru tasu kaasuste näitel. Estonian Supreme Court, Legal Information Department.
13. Kerikmäe T. (2010). Estonia as an EU state: lack of proactive constitutional dialogue. In: Topidi K, Morawa AHE (eds). Constitutional evolution in Central and Eastern Europe expansion and integration in the EU. Ashgate Publishing Ltd, Farnham, pp. 11–42.
14. Kerikmäe T., Käsper K. (2008). European charter of fundamental rights. Lexis Nexis Expert Commentaries. <http://w3.nexis.com/sources/scripts/info.pl?326754>.
15. Kerikmäe T., Nyman-Metcalf K. (2012a). Less is more or more is more? Revisiting universality of human rights. Int Comp Law Rev 12(1):35–51.
16. Kerikmäe T., Nyman-Metcalf K. (2012b). The European Union and Sovereignty: the sum is more than its parts? Temas de Integração, Junho, pp. 5–16.
17. Kerikmäe T., Nyman-Metcalf K., Roots L., Meiorg M., Popov A. (2012). Estonian report: protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the EU charter of fundamental rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions. In: Laffranque J (ed) Reports of the XXV FIDE congress Tallinn 2012. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, pp. 389–422.
18. Kokott J. (2010). The basic law at 60 – from 1949 to 2009: the basic law and supranational integration. German Law J 11:99–114
19. Krzeminska-Vamvaka J. (2009). Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line. Jean Monnet Working Paper No. 11/2009.
20. Kull I. (2007). Unfair contracts of suretyship – a question about the horizontal effect of fundamental rights or about the application of contract law principles. Juridica International: Law Review of the University of Tartu, Estonia I 2007.
21. Lõhmus U. (2007). Kuidas liikmesriigi kohtusüsteem tagab Euroopa Liidu õiguse tõhusa toime. Juridica (3)

21. Maruste R. (2004). Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse. Juura, Tallinn.
22. Schermers H.G. (2001). Drafting a charter of fundamental rights of the European Union. In: Kellermann AE, de Zwaan JW, Czuczai J (eds). EU enlargement: the constitutional impact at EU and national level. T.M.C. Asser Press, The Hague.
23. Schor M. (2010). New thinking about National High Courts. *Tulsa Law Rev* 45(4) (University of Tulsa).
24. Šipilov V. (2010). Põhiõiguste kolmikmõju ja Euroopa Liidu õiguse horisontaalne kohaldatavus. Master Thesis.
25. Tzevelekos V. (2010). In search of alternative solutions: can the State of origin be held internationally responsible for investors human rights abuses that are not attributable to it? *Brooklyn J Int Law* 35:155–231.
26. Van den Bergh F. (2010). The EU and issues of human rights protection: same solutions to more acute problems? *Eur Law J* 16(2):112–157.
27. Wiesbrock A. (2010). Case Note – Case C-555/07, Küçükdeveci v. Swedex, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010. *German Law J* 11:539–550.

Official Material

28. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Juura (Tallinn 2008).
29. Report of the Expert Group on Fundamental Rights, the European Commission, «Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act», Brussels (February 1999).
30. The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Case Law

European Court of Justice

31. Case C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich* (12 June 2003).
32. Case C-144/04.
33. Joined Cases C-411/10 and C-193/10 N.S. and Opinion of AG Trstenjak (22 September 2011).
- Supreme Court of Estonia*
34. Estonian Supreme Court Case No. 3-4-1-1-03 (17 February 2003).

Kerikmäe T., доктор філософії, професор, директор Талліннської школи права Талліннського технологічного університету, Естонія, Таллінн.

e-mail: tanel.kerikmae@ttu.ee

Хартія ЄС: її природа, інноваційний характер та горизонтальний ефект

Характеризується Хартія основних прав Європейського Союзу як інноваційний динамічний інструмент, який є необхідним і затребуваним у процесі моделювання майбутньої системи захисту фундаментальних прав людини в ЄС.

*У центрі уваги – питання впливу прав людини на правовий порядок ЄС, який первісно формувався навколо економічних інтересів (вільний рух капіталів, товарів, людей). Обґрунтовується точка зору, що Хартія позначиться на *acquis communautaire* в цілому, але ступінь такого впливу залишається не визначеним повністю. Чималою мірою він залежатиме від політичних настроїв Європи і від рішучості суддів як у державах-членах, так і в Суді Справедливості ЄС.*

Розглянуто можливі перспективи розвитку і практичного застосування доктрини горизонтальної дії. Остання вважається суперечливою, оскільки основною метою фундаментальних прав є захист індивідів від порушень їхніх прав з боку публічної влади. Її зміст полягає в тому, що фундаментальні права створюють зобов'язання і висувають вимоги також і до інших (третіх) осіб, які не є наділеними публічно-владними повноваженнями. Зокрема обґрунтовується, що проявом доктрини горизонтальної дії є те, що директиви ЄС, адресовані державам-членам, можуть створювати обов'язки щодо прав індивідів для недержавних суб'єктів.

Ключові слова: права людини; стандарти Європейського Союзу; Хартія основних прав Європейського Союзу; Суд Справедливості Європейського Союзу; доктрина горизонтальної дії; Європейський суд з прав людини; приватноправовий підхід.

Надійшла до редколегії 23.05.2017 р.



Nasihuddin Abdul Aziz,
*Dr., Associate professor,
Faculty of Law,
Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Purwokerto
e-mail: ziz_ling@yahoo.com*



Sudrajat Tedi,
*Dr., Associate professor,
Faculty of Law,
Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Purwokerto
e-mail: tedi.unsoed@gmail.com*



Handayani Sri Wahyu,
*Lecturer, Faculty of Law,
Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Purwokerto
e-mail: ayufh27@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.137.98221
UDC 342.572

**CLASSIFICATION AND FORMULATION OF LOCAL
REGULATION PRODUCTS BASED ON SUITABILITY OF
LEGISLATION TYPE, HIERARCHY, AND LEGAL SUBSTANCE
IN INDONESIA**

Indonesia is a country which implemented local autonomy and have principle refers to the power of localities to legislate and regulate the behavior of residents. Based on that condition, local government has various policy matters which may cause problems in the formation of local regulation products. Until now, there are still uncertainty of standards and criteria on the establishment of Local Regulations and Local Head Regulations (governors, regents, mayors regulation) which may overlap one another and, as a result, finally revoked.

This research paper is considered essential to conduct as there are numerous Local regulations with type, hierarchy, and legal substance which having technical characteristics and similarities with Local Head Regulations. In the other hand, many Local Head Regulations which should be organized in Local Regulations are somehow made in the form of Local Head Regulations.

The merit of legislation principles based on law state is closely related with the formulation of local regulation products in the form of Local Regulations and Local Head Regulations. The authors discover a number of issues supporting the research objects, especially when creating the initiative Local Regulations. There were tendency of Council members to set up a technical issue in the form of Local Regulations in order that there would be no leeway to grant the authority to Local Head Regulations. Meanwhile, in other regions, there are a number of Local Head Regulations adopted into Local Regulations as their content materials are considered as the Local Regulations.

Keywords: Local Regulation; Local Head Regulation; Principle of Legislation type; Hierarchy and Legal Substance.

Насихуддин Абдул Азиз, доктор, доцент юридического факультета, Университет имени генерала Судирмана, Индонезия, Пурвокерто.
e-mail: ziz_lingk@yahoo.com

Судраят Теди, доктор, доцент юридического факультета, Университет имени генерала Судирмана, Индонезия, Пурвокерто.
e-mail: tedi.unsoed@gmail.com

Хандаяни Шри Вахью, преподаватель юридического факультета, Университет имени генерала Судирмана, Индонезия, Пурвокерто.
e-mail: ayufh27@gmail.com

Классификация и формирование законодательных актов правового регулирования местного самоуправления с учетом типа, структуры и содержания законодательства Индонезии

Проанализированы нормативно-правовые акты и правовая база местного самоуправления в Индонезии (регулирование деятельности губернаторов, регентов, мэров), которые по своему типу, структуре и юридическому содержанию повторяют друг друга. Рассмотрены проблемы, связанные с правовым регулированием местного самоуправления.

Ключевые слова: местное правовое регулирование; правовая база местного самоуправления; тип законодательной нормы; структура; правовое содержание.

Introduction. Legislation is an integral part or a sub-system of a legal system. As a sub-system, legislation cannot stand on its own regardless the state legal system. In its formation, legislation must be modeled on the basis of sound formation of legislation to avoid errors and defects in the norm formation.

In the context of local autonomy, there are two principles of power derived which are immunity and initiative¹. Initiative give authority to established local regulation products (Local Regulations and Local Head Regulations) as a part of Local

¹ Gordon L Clark, *A Theory of Local Autonomy*, Annals of the Association of American Geographers, Vol. 74, No. 2 (Jun., 1984), Taylor & Francis, Ltd., p. 195.

Government's authority to manage and organize their own internal matters. Ideally, as the organizer of the local administration, local Government cannot be separated from its tasks to nurture the peace and order of society in its territory and should be capable of forming participative-accommodating legal products based on the conditions of the communities in which the rule to take effect. However, in reality it is not the case. The great authority given in the local autonomy raises the question of new sub-system of legislation. The turning point is that there is a shift from the concept of rule of law into practical thought to political state. Such shift to political state can be analogized with a train which does not stand on the «rails» of applicable law. Whether or not, a local Government which have an effective function are depends highly on the quality of its legal arrangement.

Literature Review And Formulation of the problems. Indonesia's founding fathers proudly states Indonesia is a country of law, even democratic country of law. According to C.F. Strong, the essence of democracy is not separated from the people and their sovereignty, as mentioned below:

«By democracy we mean «that form of government in which the rulling power of a state is legally vested, not in any particular class or classes, but in the members of a community a whole... the term of democracy here in the sense of the rule of the majority of the community as a whole, including «classes» and «masses»¹.

On the basis of the foregoing, then democracy should still be implemented, yet it must comply with and follow the rails of law. There can be no freedom before the applicable law². In relation to the formation of legal products in Indonesia, there are Article 7 of Law No. 12 of 2011 concerning the Formation of Legislation which states that:

- 1) Type and hierarchy of Legislation consist of:
 - a. 1945 Constitution of the Republic of Indonesia;
 - b. Statute of the People's Consultative Assembly;
 - c. Law/Government Regulation in lieu of Law;
 - d. Government Regulation;
 - e. Presidential Regulation;
 - f. Provincial Regulation; and
 - g. Regulation of Regency/Municipality.

2) The legal power of Legislation follows the hierarchy as referred to in paragraph (1).

Meanwhile, in Article 8 it is stated that:

1) The type of Legislation other than those mentioned in Article 7 paragraph (1) includes those regulations established by the People's Consultative Assembly, House of Representatives, Regional Representatives Council, Supreme Court, Constitutional Court, Supreme Audit Agency, Judicial Commission, Bank of Indonesia, Ministers,

¹ C.F. Strong, *Modern Political Constitutional; An Introduction To The Comparative Study of Their History And Existing Form*, sixth edition, London:Sidgwick&Jackson Limited, 1963, p. 30.

² W. Riawan Tjandra and Kresno Budi Darsono *Legislative Drafting (Teori dan teknik Pembuatan Peraturan Daerah)*, Yogyakarta: Atma Jaya, 2009, p. 23.

Agencies, Institutions, or commissions of the same level which are established under the Law or the Government on the order of the Law or the Government on the order of the Law, Provincial Legislative Council, Governor, Regency/Municipality's Legislative Council, Regent/Mayor, Village Head or those of equivalent level.

2) The existence of Legislation as referred to in paragraph (1) is acknowledged and it has the legal force of equivalent level as long as it is ordered by higher Legislation or established under the proper authority.

These Articles 7 and 8 above provides a figure of how Local Regulations are included into the order of legislation, while Local Head Regulation can be included into the sequence of legislation as long as it is ordered by higher-level Legislation or established under certain authority (Article 8 paragraph 2). It means position of higher level is an element of governmental implementation which have the function to achieve certain goal in terms of work system of an organization. On that basis, the position give an authorized and able to guarantee the continuity of rights and obligations¹.

The regulation products Regional Government could generate include: Local Regulation, Local Head Regulation or Decision of Regional Heads (*Regeling* and *Beschikking*). Meanwhile, the content material of Provincial Local Regulations and Regency/Municipality Government Regulations as referred to in Article 14 of Law No. 12 of 2011 concerning the Formation of Legislation specifies the content material in the context of the implementation of local autonomy and assistance task and to accommodate regional-specific conditions and/or further elaboration of higher-level Legislation.

Based on that condition, it found problems about how the mechanism of government to classified, established and supervised the local regulation products relating with the suitability of legislation type, hierarchy, and legal substance in Indonesia.

Purposes and Objectives. The absence of clear standards and criteria in the formation of local regulation products (Local Regulations and Local Head Regulations) increases the questions on the type, hierarchy and legal substance. This paper is intended to examine legal aspect and principles, with a juridical normative approach in several stages. *First*, it identifies problems on legislation types, hierarchies, and legal substance of local regulation products; *second*, it analyzes legislation theories and formulating results into a novel theory as guidance to determine the legal substance of local regulation products which contain norms, standards, procedures and criteria in classifying and formulating local regulation products based on the suitability of their type, hierarchy, and content material to determine those for Local Regulations and Local Head Regulations; *third*, it synchronizes and adapts theories based on the legislation type, hierarchy, and content material

¹ Tedi Sudrajat and Zainal Muttaqin, *Reconstruction The Patterns of Authority Relations Between Head of Local Government and Secretary of Local Government on Promotion of Civil Servants*, Jurnal Dinamika Hukum, Vol.16 No.2 (May 2016), Purwokerto Indonesia:Faculty of Law Universitas Jenderal Soedirman, p. 205.

suitability for Local Government environment. This research aims to figure out a new theory in the concept of local autonomy, which may prevent an overlap between Local Regulations and Local Head Regulations to create legal certainty.

Results.

Comparison with Netherlands Regarding Establishment and Supervision of Local Regulation Products.

When it viewed from the aspect of *staatsvorm* (form of state), the structure of the Netherlands have a form of unitary state (*eenheidsstaat*) which is centralistic (*gedecentraliseerde eenheidsstaat*), divided into 12 (twelve) provinces and each province divided further into smaller regions, namely municipal government regions (*gemeente*).

The emphasis of local governments in the Netherlands lies in *gemeente*; this constitutes an effort to realize the principles of welfare state for common people (*bonum publikum*). *Gemeente* as the lowest-rank autonomous government unit is clearly in direct contact with the government's attempt to carry out all forms of services.

To the actions of regional governments in making Local Regulations, the central government can perform preventive and repressive supervisions. Preventive supervision (*voortoezicht*) is structural and specific in nature which is done in case:

A consideration or supervision is carried out before the lower level government makes any decision.

A consideration or supervision is performed after local government makes a decision, yet, such decision has not been effective and has no legal consequences and it is called *middentoezicht* supervision. Examples of *middentoezicht* are validation and announcement or enactment.

On the other hand, the central government can also perform repressive supervision after a decision is issued and has legal consequences (*rechtsgevolgen*) in both fields of regional autonomy or assistance. This repressive supervision is done through cancellation (*verneitiging*). Postponements of cancellation through repressive supervision is spontaneous because the authorities, in canceling it, may take their own initiative without having to wait for any third-party stakeholders. Such cancellation is immediately effective without having to go through any delay.

Repressive supervision is limited by *administratie beroep* mechanism, where when to certain decisions a cancellation can be asked to the court, then it cannot be cancelled through repressive supervision. The Law on *gemeente* and the Law on province govern, among others, their conflicts with Law and general public interest.

The supervision and review system in the Netherlands itself does not follow such model as judicial review as in the United States or France. The Netherlands uses administrative judicial model. The legal system of the Netherlands does not recognize the mechanism for reviewing the constitutionality of a Law. The Netherlands adheres to the teachings that a Law could not be challenged (*de wet is onschenbaar*)¹.

¹ Jimly Assidhiqqie and M. Ali Safa'ah, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Jakarta: General Secretariat and Registrar of The Constitutional Court, 2006, p. 129.

Based on such teachings, in the Netherlands a supervision of a Regional Regulation is mainly done by the central government in the form of preventive supervision (*executive preview*) and repressive supervision (*executive review*).

Comparison with England Regarding Establishment and Supervision of Local regulation Products.

The local government in England is (legally) subordinate to the central government. The local government can only manage and organize an administration the Law has given to them. Law constitutes the only way to obtain authority, duty and responsibility to manage and organize a government affairs.

Even though a region's authority is determined by the Law, it does not necessarily mean that the regional government in England solely acts as an apparatus or a representative of the central government in regions. The regional government is an independent agency. Each has and exercises the power established by the Law. However, it is not entirely separated from the central government which in many, increasingly advanced ways influence the regional government to exercise their power.

The authority and responsibility to manage and organize a government affairs is obtained through *Public General Act* and through *Local Act* or *Private Act*. In the first way, i.e. through *Public General Act*, there are three possibilities for regions to have the right to manage and organize government affairs, namely:

A law which governs, in general, regional administration (for example *Local Government Act, 1072; London Government Act, 1974*), determines various authorities, duties and responsibilities of the region. These provision applies to all regional governments subjected to the Act, such as to create Local Regulations, to represent in a court or to make an agreement.

A sectoral law which determines that a region is given the authority, duty and responsibility to manage and organize certain affairs. Example of this includes *Public Health Act, Education Act*, and so on.

Also included in this way is *Adopted Acts*. A government affairs is classified as the matter to be managed and organized by a region under this Law¹.

The second way is through *Local Act* or *Private Act*. A region is entitled to apply a bill related to the management and organization of government affairs by the region to the parliament. The third one is through *Provisional Order Confirmation Act*. In this way, a Minister, according to his/her authority, legalizes a provisional statute which determines that a government affairs to be managed and organized by a region. Fourthly, they have *ministerial* (or *Special*) *Orders*. A regional government submit a draft (*put forward schemes*) that needs confirmation from the corresponding minister, unless if the parliament rejects it². In terms of legislation, the council has 2 (two) authorities, namely:

¹ Bagir Manan, *Dasar-Dasar Konstitusional Peraturan Perundang-undangan Nasional* Faculty of Law of Andalas University, 1994, p. 45–46.

² *Ibid.*, p. 48.

To create *Standing Orders*. These *Standing Orders* are applicable only internally (*internal rules*), in a sense that it does not serve as a norm that is binding externally which results in the raise of the rights and obligations for the society.

To make *bye laws*. There are some elements of *bye laws*, they are:

Bye laws are regulations (*laws*) or holds the position of *local rule*;

Bye laws are applicable to and in certain areas of a region government;

Bye laws are made by a regional government, namely a *council* based on the authority specified by an Act;

Bye laws always need confirmation from the Minister (preventive supervision), either by Minister of Home Affairs or a Minister in charge of those matters (content material) set forth in a *bye laws*¹.

To the actions taken by a regional government (both *county* and *district*) a supervision is performed by the central government by either the executive, legislative or executive board. The legislative supervision is done by the parliament. The authority to make an Act lies with the parliament; all authorities of a region to control and manage a service function originate from the parliament. In this way, the Parliament monitor the regional government. In relation to tax, only the parliament holds the authority to charge and establish a tax. Only parliament could give the authority to collect tax to a regional government. Administrative (executive) supervision is carried out by the central government, which includes all areas, making the regional government looks like a part of the central government.

The supervision can be done in two actions namely confirmation and approval. A confirmation to *bye laws* does not simply examine its aspects of law, it also review whether the target to be achieved by the *bye laws* is something necessary from the perspective of local situation and the wisdom rationally. An approval is something given to a draft or proposal submitted by a region. Unlike the legislative and executive supervision, in the context of supervision by judicial authority, England as a country that adheres to the supremacy of parliament, does not recognize *judicial review* to any Law made by the parliament.

In the context of supervising Local Regulations, England knows and practices *executive preview* to a legislation draft including Local Regulations. Some Laws specifies that any region to perform the function of a service is required to first submit the draft or proposal of the said service (stipulated in the form of a law product) to the Minister for his/her approval. Only after obtaining the approval could the service function given to the region be administered².

Model of Supervision to create Classification and Formulation of Local regulation Products in Indonesia According to the Comparison of Law and Principle of Suitability of Type, Hierarchy and Legal Substance of Legislation.

The supervision principle contained in a unitary state, according to Bagir Manan, is that the central government has the authorities to more intensively

¹ Bagir Manan, 1994, *Dasar-Dasar Konstitusional Peraturan Perundang-undangan Nasional...op. cit.* p. 63.

² *Ibid.*, p. 52–56.

intervene with problems in regions. The Central Government is responsible for ensuring the integrity of unitary state, ensuring that the same services are given to all people of the state (*equal treatment*), ensuring the uniformity of action and administration in certain areas. Restrictions on the freedom of a region to manage and organize its local affairs with some obligations are the logical consequence destined for the adherence to the principles of country of law¹.

From the perspective of the relations between the Central Government and Local Government, supervision constitutes a unity «fastener», in order of the autonomy freedom does not move too far that it reduces even threatens the unity. Sir William O. Been and J.F. Garner stated that «... if local autonomy is not to produce a state of affairs bordering on anarchy, it must subordinated to national interest by means devised to keep its actions within bounds»². When the «fastener» is drawn too hard, the spirit of decentralization freedom will be reduced and perhaps even disconnected. When it happens, supervision is no longer one side of decentralization, rather it has become a «shackle» to decentralization. Therefore, supervision should be accompanied by restrictions. These restrictions will include the restrictions of type or form of supervision, which also contains the restriction of procedures for conducting the supervision, and the officials or agency authorized to perform the supervision.

In relation to the comparison with the Netherlands and England, Indonesia ought to use two types of standard supervision to the autonomous government unit namely preventive supervision (*preventief toezicht*) and repressive supervision (*repressief toezicht*). This supervision is related to the legal products and specific actions of regional government organs. Preventive supervision is associated with the authority to confirm (*goedkeuring*), including that which relates to the content material of regulations in regions against the principle of suitability of types, hierarchy and content material of the legislation as set forth in Law Number 12 of 2011. The implication includes the authority to cancel or delay.

Considering the foregoing, the existence of a Local Regulation, Local Head Regulation, and Decision of Local Head, in essence, constitutes the consequence of applying the principle of decentralization in the organization of local government and is an integral part of the unity of national legal system. As a legislation product at provincial or regency/municipality and the work of two institutions, i.e. Local Head and Local Legislative Council, who were both elected directly by the people through general election and regional election, these legislation products could not be simply canceled unilaterally by the decision of Central Government (executive), rather it should be by the Supreme Court.

The criteria to review these local regulations include:

They conflict with the law (*stijd mer heth recht*), such as:

¹ Bagir Manan, *Beberapa Hal di Sekitar Otonomi Daerah Sebagai Sistem Penvelenggaraan Pemerintahan*, Padjadjaran Magazine, Vol. V 1974, Bina Copyright, Bandung, 1974, p. 34–37 goes.

² Sir William O. Been – J.F. Garner, *Introduction to the Law of The Local Government and Administration*, Buttemorths, London, 1973, p. 297.

- Conflicting with all regulations stipulated by higher government apparatus;
- Conflicting with the general principles of good governance;
- Conflicting with the general principles of good regulations in order to prevent them from being misused.

They conflict with common interests (*stijd met algemeen spotted*), conflict with an interest which, in the opinion of the government apparatus authorized to cancel them, is more valuable than the interest governed in the decision which is canceled or conflicting with the general policy exercised by the central government.

Conclutions. Local head regulation is essentially a result of the implementation of the principle of decentralization in local government and as an integral part of the unity of the national legal system. Local Regulation as product legislation at the provincial and district/city and is the result of two institutions (Regional Head and the Regional Representatives Council) were elected by the people, the products such legislation can not be done by a unilateral decision of the central government (executive) but by the Supreme Court. The tool to test the legal substance are (1) contrary to general principles of good governance, and contrary to the general principles of good regulation; (2) contrary to the public interest.

Acknowledgments and Legal Responsibility. In this opportunity, the authors would like to extend their gratitude to the Ministry of Research, Technology and Higher Education of Indonesia for the research fund which give in 2017. As a scientific accountability for the given fund, a presentation on its results is made in the International Conference of Bussiness and Social Science (ICBASS) 30-31 March 2017 in Nagoya, Japan and publish in International Journal of Problems of Legality Yaroslav Mudryi National Law University Ukraine.

References:

Books:

1. Assidhiqie, Jimly and Safa'ah, M.Ali. *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*. Jakarta: General Secretariat and Registrar of The Constitutional Court, 2006.
2. Been, Sir William O. and Garner, J.F. *Introduction to the Law of The Local Government and Administration*. Buttemorths, London, 1973.
3. Manan, Bagir. *Dasar-Dasar Konstitusional Peraturan Perundang-undangan Nasional*. Faculty of Law of Andalas University, 1994.
4. Strong, C.F. *Modern Political Constitutional; An Introduction To The Comparative Study of Their History And Existing Form*, sixth edition. London: Sidgwick & Jackson Limited, 1963.
5. Tjandra, W. Riawan and Darsono, Kresno Budi. *Legislative Drafting (Teori dan teknik Pembuatan Peraturan Daerah)*. Yogyakarta: Atma Jaya, 2009.

Journals:

6. Clark, Gordon L, *A Theory of Local Autonomy*, Annals of the Association of American Geographers, Vol. 74, No. 2 (Jun., 1984). Taylor & Francis, Ltd.
7. Manan, Bagir. *Beberapa Hal di Sekitar Otonomi Daerah Sebagai Sistem Penwelenggaraan Pemerintahan*, Padjadjaran Magazine, Vol. V (Jun 1974). Bina Copyright, Bandung.
8. Sudrajat, Tedi and Muttaqin, Zainal. *Reconstruction The Patterns of Authority Relations Between Head of Local Government and Secretary of Local Government on Promotion of Civil Servants*. Jurnal Dinamika Hukum, Vol.16 No. 2 May 2016. Purwokerto, Indonesia: Faculty of Law Universitas Jenderal Soedirman.

Насіхуддін Абдул Азіз, доктор, доцент юридичного факультету, Університет імені генерала Судірманна, Індонезія, Пурвокерто.
e-mail: ziz_lingk@yahoo.com

Судраят Теді, доктор, доцент юридичного факультету, Університет імені генерала Судірманна, Індонезія, Пурвокерто.
e-mail: tedi.unsoed@gmail.com

Хандаяні Шрі Вахью, викладач юридичного факультету, Університет імені генерала Судірманна, Індонезія, Пурвокерто.
e-mail: ayufh27@gmail.com

Класифікація та формування законодавчих актів правового регулювання місцевого самоврядування з урахуванням типу, структури та змісту законодавства Індонезії

Індонезія – країна, яка впровадила місцеву автономію і має законодавчі норми щодо повноважень місцевої влади здійснювати законодавчу владу і регулювати дії її громадян. Таким чином органи місцевої влади мають право вирішувати різні політичні проблеми, що може негативно позначитися на формуванні законодавчих актів місцевого правового регулювання. На даний момент все ще існує невизначеність щодо стандартів і критеріїв створення нормативно-правової бази місцевого самоврядування (регулювання діяльності губернаторів, регентів, мерів), які можуть повторювати один одного і, як наслідок, повинні бути остаточно скасовані.

Актуальність цієї статті визначається насамперед тим, що існує безліч місцевих нормативно-правових актів, які за своїм типом, структурою та юридичним змістом подібні правовій базі місцевого самоврядування. Водночас багато нормативно-правових актів, що визначають функції та статус керівних осіб, які повинні бути відображені в місцевій нормативно-правовій базі, складено у формі правової бази місцевого самоврядування.

За своєю суттю законодавчі принципи, на яких базується правова держава, пов'язані з роботою законодавчих актів, що знаходять своє відображення у формі місцевої нормативно-правової бази та правової бази місцевого самоврядування. Автори виділяють низку проблем, пов'язаних з об'єктом дослідження, які виявляються при створенні законодавчої ініціативи щодо місцевого правового регулювання. Члени Ради місцевого самоврядування, як правило, були схильні створювати різні технічні проблеми у вигляді місцевої нормативно-правової бази з тим, щоб не давати повноважень правовій базі місцевого самоврядування. У той же час в інших регіонах країни існує низка нормативно-правових актів місцевого самоврядування, інтегрованих в місцеву нормативно-правову базу, оскільки їх зміст розглядається як місцева нормативно-правова база.

Ключові слова: місцеве правове регулювання; правова база місцевого самоврядування; тип законодавчої норми; структура і правовий зміст.

Надійшла до редколегії 30.03.2017 р.



Nwocha Matthew Enya,
*PhD, Faculty of Law,
Ebonyi State University,
Abakaliki, Nigeria
e-mail: nwochaenyaeni@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.137.99935
UDC 349.23

INDUSTRIAL LAW AND THE PRODUCTIVE CAPACITY OF LABOUR IN NIGERIA

This Paper has discussed the various employment laws in the country and the inherent defects in them that have impacted negatively on staff productivity. The Paper came against the background of the low productive output of the Nigerian worker that has adversely affected the growth of the national economy and created room for fraud and corruption in the public service as well as the private sector. The Paper has found that aside of defective labour laws, the mentality of Nigerian courts to labour disputes, the negative attitude of Nigerian workers and poor work ethics, and the poor conditions of service in the labour sector all contribute to low output and productivity. Therefore, the Paper has suggested ways that these negative trends can be reversed among them, the amendment of the extant industrial laws and improvement of the working conditions of the Nigerian employee.

Keywords: National economy; development; employee; labour law; productivity; industrial relationship; labour disputes; adjudication.

Нвоча Маттгев Эния, доктор философии, юридический факультет, Эбонийский государственный университет, Нигерия, г. Абакалики.
e-mail: nwochaenyaeni@gmail.com

Трудовое законодательство и производительность труда в Нигерии

В статье рассмотрены различные законодательные акты, касающиеся проблем занятости в Нигерии, а также присущие им недостатки, которые отрицательно сказываются на производительности труда работников. Определены способы устранения этих негативных тенденций путем внесения поправок в законы, касающиеся производственной сферы, а также улучшения условий труда.

Ключевые слова: национальная экономика; развитие; работник; трудовое право; производительность; производственные отношения; трудовые споры; судебное разбирательство.

Introduction. Industrial or labour law is the law that regulates the relationship between an employer and employee including the contract of employment, terms

of contract, conditions of service, schedule of work, safety in work, and reward of service. For Abbott et al, the duties of an employee are governed by the terms of his contract and in the absence of any express or implied terms, his duties are determined by common law¹. The same is applicable to the employer. Industrial law in Nigeria has been quite a controversial one. There are a number of reasons why this is the case. Among them is the fact that there is a multiplicity of legislations that constitute Nigerian industrial or labour law. Each of these legislations are designed to serve various ends with the overall objective of securing a peaceful and productive labour environment. However, some of these legislations actually duplicate and, in some cases, contradict certain provisions contained in the other thereby creating loopholes for the employer to exploit against the worker. At other times, the implementation of these legislations work hardship on the staff thereby frustrating his hopes of a rewarding and self-fulfilling career, well deserved disengagement benefits and a life of comfort after retirement. The courts have not helped matters by standing on the side of employers of labour, most of the time. The consequence of all of these situations is the low morale among Nigerian workers and an even lower productive output. This, as expected, has severe negative consequences on the growth of the Nigerian economy. The Paper therefore seeks to evaluate labour laws in the country with a view to finding how staff welfare and productivity may be enhanced for a sustainable growth of the economy.

Industrial Law in Nigeria. There are a number of legislations that regulate industrial services, labour welfare and labour relations in Nigeria. These legislations include the Constitution of Nigeria, 1999; the Labour Act; Employees' Compensation Act; Trade Unions Act; Trade Disputes Act; Factories Act; Pension Reform Act; and the National Industrial Court Act². Section 4 (2) of the Constitution of Nigeria vests the power to legislate on labour matters exclusively on the federal government³. According to Uvieghara, the sources of Nigerian labour law include the constitution, legislation and common law⁴. Basically, the Labour Act contains general provisions as to protection of wages, contracts of employment and terms and conditions of employment. A principal issue of concern to the Labour Act is the protection of employees' wages. To this end, the Act provides in section 1 for the manner in which such wages may be paid. Consequently, the wages of a worker shall in all contracts be made payable in legal tender and not otherwise. Additionally, no employer shall impose in any contract for the employment of any worker any terms as to the place at which, or in the manner in which, or the person with whom any wages paid to the worker are to be expended. Any contract between an employer and an employee containing any such terms shall be illegal, null and void⁵. Again, wages

¹ K. Abbott, N. Pendlebury, K. Wardman (2013) *Business Law*, 9th ed. UK: CENGAGE Learning. Pg. 520.

² See generally J. Olakanmi (2012) *Labour Law Handbook*, 3rd ed. Abuja; Lawlords Publications.

³ This is detailed under items 10, 34, and 44 of Part I of the Second Schedule to the Constitution particularly item 34.

⁴ E.E. Uvieghara (2001) *Labour Law in Nigeria*. Lagos: Malthouse Press Ltd. Pg. 2.

⁵ Section 2 of the Labour Act, 1971.

shall not be paid to a worker in premises used for the sale of intoxicating liquor or for the retail sale of goods, unless, in the case of retail sale of goods, a worker has his employment in the premises¹.

With regard to contracts of employment, an employer is duty bound to provide to the employee not later than three months of the employment written particulars of the terms of his employment. Such particulars shall include the name of the employer or group of employers; the name and address of the worker and the place and date of his engagement; the nature of the employment; if the contract is for a fixed term, the date when the contract expires; the appropriate period of notice to be given by the party wishing to terminate the contract; the rates of wages and method of calculation thereof and the manner and periodicity of payment of wages; any terms and conditions particularly as it relates to hours of work, holidays and holiday pay, or incapacity for work due to sickness or injury as well as sick pay; and any special conditions of the contract².

As it concerns terms and conditions of employment, the Labour Act makes regulations as to the hours of work and overtime. It provides that normal hours of work in any undertaking shall be those fixed by mutual agreement; collective bargaining; or by an industrial wages board especially in the absence of a collective bargaining machinery. Furthermore, the hours which a worker is required to work in excess of the normal hours fixed through any of the above methods constitutes paid overtime³.

The Labour Act is a welcome one owing to its equitable balance of responsibilities and reward between the worker and his or her employer. However, the Act has been criticized over concerns with the employment of children and young persons. Section 59 (1) of the Act allows the use of a child's labour by a member of his family on agricultural or domestic work. This has created a window for the unconscionable exploitation of child labour for commercial agriculture⁴ and the inhuman treatment of children who are domestic servants, a tendency that is widespread in Nigeria. Furthermore, section 59 (3) of the Act allows the employment of a person under the age of fourteen on a daily wage and on a day to day basis. There is no doubt that this is a way of promoting child labour. A community reading of sections 59 (1) and 91 discloses that the Labour Act again does not define who a family member is. It only adopts the definition contained in the Workmen's Compensation Act that has itself been repealed by the Employees' Compensation Act, 2010. This being the case, reliance on finding the meaning of a family member can validly be placed on African customary practice or African customary law which recognizes family members to include widely extended family relatives or blood relations and not just parents or

¹ Section 3 of the Labour Act, 1971.

² Section 7 (1) of the Labour Act, 1971.

³ Section 13 of the Labour Act, 1971.

⁴ This is even true especially against the background that section 91 of the Act defines agricultural undertaking as meaning any undertaking in which a worker is employed under a contract of employment for the purpose of agriculture, fisheries, horticulture, silviculture, the tending of domestic animals and poultry or the collection of the produce of any plants or trees that does not include any such undertaking in which only members of the same family are employed.

siblings of the same parents. Going by this approach, the Labour Act has inadvertently created room for exploitation of child labour or that of young persons by distant relatives who have neither compassion nor the interest at heart of the child or young person that is the potential victim. The weakness of the Labour Act in relation to the potential exploitation of children and young persons is compounded by the provision in section 64 to the effect that even where an employer violates the few safeguards made for the child and young person under the Act he would only, if found guilty by the court, pay a paltry fine of one hundred naira¹. The specific provision of section 64 of the Act is that:

Any person who employs a young person in contravention of sections 59 to 62 of this Act or any regulations made under section 63 of this Act, the proprietor, owner and manager of any undertaking in which a young person is so employed and any parent or guardian of a young person who permits the young person to be so employed shall be guilty of an offence and on conviction shall be liable to a fine not exceeding ₦100.

Also among the labour laws in Nigeria is the Employee's Compensation Act, 2010. The stated objectives of the Act are to provide for an open and fair system of guaranteed and adequate compensation for all employees or their dependents for any death, injury, disease or disability arising out of or in the course of employment, provide rehabilitation to employees with work-related disabilities; establish and maintain a solvent compensation fund managed in the interest of employees and employers; provide for fair and adequate assessments for employers; provide an appeal procedure that is simple, fair and accessible with minimal delays; and combine efforts and resources of relevant stakeholders for the prevention of workplace disabilities, including the enforcement of occupational safety and health standards². These objectives set the tone for the principal provisions of the Act.

Section 56 of the Act sets up the Employees' Compensation Fund into which shall be credited all money, funds or contributions by employers for adequate compensation to employees or their dependants for any death, injury, disability or disease arising out of or in the course of employment. Again, the fund shall consist of a take-off grant from the federal government; contributions payable by employers into the fund; fees and assessments charged or made pursuant to the Act or any regulations made thereunder; proceeds of investments of the fund; gifts and grants from any national or international organizations; and any other money that may accrue to the fund from any other source³. The fund is managed by the National Social Insurance Trust Fund Management Board established under the Nigeria Social Insurance Trust Fund Act, 1993. In order for a worker to be entitled for compensation, the Act requires that in every case of injury or disabling occupational disease to an employee in a workplace, the employee or in the case of death, the dependant,

¹ The current exchange rate is five hundred naira to one US dollar, though it fluctuates.

² Section 1 of the Employees' Compensation Act. By section 2, the Act applies to all employers and employees in the public and private sectors in Nigeria.

³ Section 56 (2) of the Employees' Compensation Act, 2010.

shall within fourteen days of the occurrence or receipt of the information of the occurrence, notify the employer by giving him information of the disease or injury to a manager, supervisor, first-aid attendant agent in charge of the work where the injury occurred or other appropriate representative of the employer. Such information shall include the name of the employee, the time and place of the occurrence; and the nature and cause of the disease or injury if known¹. By section 5 of the Act, the employer is obligated to report to the National Social Insurance Trust Fund Management Board and the Office of the National Council for Occupational Safety and Health within seven days of its occurrence every injury to an employee that is, or is claimed to be, one arising out of and in the course of employment. Section 7 of the Act provides that any employee, whether or not in a work place, who suffers any disabling injury arising out of or in the course of employment shall be entitled to payment of compensation. And no employee shall agree with his employer to waive or to forego any benefit or right to compensation to which the employee or the dependants are or may become entitled². Any such agreement shall be void and unenforceable. Part IV of the Employees' Compensation Act details the rate, scale and quantum of compensation payable to the worker relative to the degree of loss or injury suffered by him ranging from permanent partial disability, permanent total disability, to death.

As it pertains to compensation of the Nigeria worker for work-related injuries or loss, the Employees Compensation Act is commendably far-reaching and comprehensive. But the Act has a number of shortcomings which include the enormous powers invested on the National Social Insurance Trust Fund Management Board by sections 31 and 32 of the Act that places the management of the funds, the determination of rights and entitlements, and the scale of compensation almost at the discretion of the Board. There is a huge problem here because aside of the human operators in the Board being predisposed to exploiting these powers to attain personal ends, these unbridled powers can give rise to stiff administrative bottlenecks that could only make the Nigeria worker vulnerable and even helpless. Second, failure by the employer to make a report of death; injury or any other disease encountered by the employee to the Board might dispossess the employee of the benefits of compensation under the Act³. It is unjust that an employee can suffer from the deliberate acts of negligence of his employer. This is more so given that the Act applies to both public and private firms. Private firms in Nigeria have little or no supervision with regard to the way they hire, remunerate or fire their employees or the discharge of obligations owed to them. Under this atmosphere, the stakes are high that the fruits of his labour under the Act may in the end elude the employee. Third, the scale of compensation though adequate still crashes on the hard rock of the harsh economic climate that has emasculated the Nigerian worker since the late 1980s which has increased in intensity until the present deep economic recession of 2016 and 2017.

¹ Section 4 of the Employees' Compensation Act, 2010.

² Section 13 (1) of the Employees' Compensation Act, 2010.

³ Sections 4 (4) and 5 (5) of the Employees' Compensation Act 2010.

With very low wages worsened by the abysmal value of the naira, survival for the Nigerian worker is a matter of daily struggle. His situation and that of his dependants is clearly worse when he suffers any loss of life or permanent disability and gets to be paid only a fraction of his monthly wages.

There is also amongst labour law in Nigeria, the Trade Unions Act. This is a federal legislation that regulates the formation, registration and organization of trade unions, federations of trade unions and the central labour organization. It legitimizes the formation of employees and employers into appropriate unions for the pursuit of their shared interests. The Act has assisted in a tremendous way in reducing the tension and mutual distrust between employers and employees and also enhanced the process of collective bargaining. However, the Act has come down too heavily on unregistered trade unions. Such a union cannot operate or carry out any activity as such. And that is also the case where a registered union ceases to be registered¹. Moreso, sections 3 and 4 of the Act gives the Minister of Employment, Labour and Productivity the absolute discretion to register a trade union or to deny it registration. Where registration is refused, workers may be exposed to exploitation, especially with the lack of opportunity for collective bargaining.

Again, there is the Factories Act, 1987, which regulates the registration of factories and other associated matters². The Act makes safety guarantees for factory workers and a wider spectrum of workers and professionals against occupational hazards. The Act imposes penalties for breach of its provisions. Part II of the Act makes provisions for a healthy environment within the factory including its cleanliness, over-crowding, ventilation, lighting, drainage, and sanitary conveniences. Part III of the Act makes general provisions for safety of workers and machinery including prime movers; transmission machinery; powered machinery; unfenced machinery; construction and maintenance of fencing; construction and disposal of new machinery; vessels containing dangerous liquids; self-acting machines, training and supervision of inexperienced workers; hoists and lifts; chains, ropes and lifting tackle; cranes and other lifting machines; safe means of access where dangerous fumes are likely to be present; precautions with respect to explosive or inflammable dust, gas, vapour or substance; steam boilers; steam receivers and steam containers; air receivers; prevention of fire and safety provisions in case of fire outbreak. Parts IV and V of the Act provide for the general welfare of workers including supply of drinking water; washing facilities; accommodation or clothing; first aid; removal of dust or fumes; prohibition of meals in dangerous places; protective clothing and appliances; and protection of eyes in certain processes.

As it pertains to the health, safety and welfare of workers, the Factories Act is indeed comprehensive and far-reaching. The major problem with the Act though, is that the punishment it prescribes for contraventions of its provisions are grossly

¹ Section 2 of the Trade Unions Act, 1973.

² This is by coverage similar to the Indian Factories Act of 1948 which according to Bose was enacted principally to protect workers employed in factories against industrial and occupational hazards and to regulate the conditions of work in manufacturing establishments. See generally D.C. Bose (2008) *Business Law*. New Delhi: PHI Learning Private Limited, p. 393.

inadequate and ineffectual. As illustration, operating a factory without having registered it attracts a fine not exceeding two thousand naira under section 3 (4) of the Act and one hundred naira each day the offence continues after the initial conviction. Section 20 (2) of the Act imposes a fine not exceeding five thousand naira on any person who manufactures, assembles, sells or lets on hire or who as an agent of the manufacturer, assembler, seller or hirer causes or procures to be sold or let on hire for use in a factory in Nigeria any machinery that does not comply with quality standards set by the Act. Section 50 (4) imposes a fine not exceeding one thousand naira for unlawfully disclosing or publishing the result of a medical test conducted on a worker. Section 51 (4) imposes a fine not exceeding one thousand naira on any employer or occupier who fails to report an accident occurring in the factory while obstructing an inspector of factories under section 65 (5) of the Act attracts a fine not exceeding one thousand naira. Under section 70 of the Act, the general penalty for contravening the provisions of the Act is a fine not exceeding five hundred naira and one hundred naira for any other day the contravention continues after the initial conviction. And in the case of death or injury, section 71 provides that:

If any person is killed or dies or suffers any bodily injury, in consequence of the occupier or owner of a factory having contravened any provision of the Act or of any regulation or order made thereunder, the occupier or owner of the factory shall, without prejudice to any other penalty, be liable to a fine not exceeding N5,000 or to imprisonment for a term not exceeding two years, or to both such fine and imprisonment, and the whole or any part of the fine may be applied for the benefit of the injured person or his family or otherwise as the court may order¹.

All of these illustrations underscore the inadequacy of punishment attaching to violations of such a well thought-out legislation. The result is that the legislation is nothing more than a paper tiger which factory owners can afford to ignore or treat with disdain. And in the end, it is the Nigerian worker that bears the brunt of the insecure, unhealthy and dangerous environment that we find in most factories in the country.

Another significant labour law in Nigeria is the Trade Disputes Act. This Act sets the tone and procedure for settling trade disputes, including apprehension of trade dispute by the Minister of Labour and Productivity; appointment of conciliator; reference of dispute to arbitration tribunal if conciliation fails; issue of tribunal's awards and procedure thereon; reference of dispute to the National Industrial Court if tribunals award is objected to; and prohibition of lock-outs and strikes before issue of award of National Industrial Court². In spite of its prohibition of grant of general wage increase by employers of labour or even by a tribunal or

¹ The penalties are as contained in sections 3 (4), 20 (2) (50 (4), 51 (4) 65 (5), and 70 already discussed. Note again that the current exchange rate, though prone to fluctuation, is five hundred naira to one US dollar. At this rate the fines prescribed by the Act are extremely nominal and the options of imprisonment though too lenient are never applied by Nigerian Judges who are only too conscious of the need to decongest Nigeria's over-crowded prisons.

² Sections 5, 8, 9, 13, 14, and 18 respectively of the Trade Disputes Act, 2006.

court of which the Act has been severely criticized, the Trade Disputes Act has great and effective potentials for stability in the labour sector.

There is also the Pension Reform Act, 2004. The Act applies to workers in public and private employment in Nigeria and is aimed at bringing a comprehensive disengagement benefit to the doorsteps of Nigerian employees. It establishes a comprehensive pension scheme for payment of retirement benefits of workers. Where the scheme applies, both the employer and employee contribute equal and mutual percentages of the employee's monthly wage to the retirement fund for the benefit of the employee¹. And the fund is administered by a Pension Fund Administrator appointed under the law while the pension scheme is regulated and supervised by the National Pension Commission established under section 14 of the Pension Reform Act. In addition, employers of labour can elect to bear the full burden of the total contributions to the pension scheme provided that such contribution shall not be more than fifteen per cent of each employee's monthly wage². Employers of labour are also mandated under the Act to maintain a life insurance policy in favour of the employee for a minimum of three times the annual total emolument of the employee³. There is no doubt that the Pension Reform Act is a labour friendly legislation but its implementation has been bedeviled by fraud, corruption, mismanagement and administrative bottlenecks. All of these negative tendencies debar the Nigerian worker from reaping the full benefits of the Act, aside of the fact that certain classes of workers are not covered by the Act as for example workers in any private establishment having less than five employees⁴.

On adjudication of labour disputes, there is the National Industrial Court Act, 2006, which creates the National Industrial Court as a superior court of record⁵. Section 7 of the Act empowers the National Industrial Court to have and exercise exclusive jurisdiction in civil causes and matters relating to labour, including trade unions and industrial relations; environment and conditions of work, health, safety and welfare of labour; granting of any order to restrain any person or body from taking part in any strike, lock-out or any industrial action or any conduct in contemplation or in furtherance of a strike, lock-out or any industrial action; and the determination of any question as to the interpretation of any collective agreement, any award made by an arbitral tribunal in respect of labour dispute or an organizational dispute; the terms of settlement of any labour dispute or organizational dispute as may be recorded in any memorandum of settlement, any trade union constitution, and any award or judgment of the court. Notwithstanding,

¹ By section 9 (1) of the Pension Reform Act, the contribution is as follows: in the case of public servants, a minimum of seven and half percent by both the employer and employee; in case of the military, a minimum of twelve and half percent by both the employer and employee each; in other cases, a minimum of seven and half percent by both the employer and employee (including the private sector).

² Section 9 (2) of the Pension Reform Act, 2004.

³ Section 9 (3) of the Pension Reform Act, 2004.

⁴ Section 1 (2) (b) of the Pension Reform Act, 2004.

⁵ Section 1 of the National Industrial Court Act, 2006.

and without prejudice to the above powers of the court, the 1999 Constitution of Nigeria (Third Alteration) Act, 2010¹, extended comprehensively the powers of the National Industrial Court. While consolidating the powers conferred on the court by the National Industrial Court Act, the constitution, as amended, extended the court's jurisdiction to several other subjects including but not limited to civil causes and matters relating to, connected with or arising from the Factories Act, Trade Disputes Act, Trade Unions Act, Labour Act, Employees' Compensation Act, or any other Act or law pertaining to labour, employment, industrial relations and work place; child labour, child abuse, human trafficking or any other matter connected therewith; application or interpretation of international labour standards; and disputes arising from payment or non-payment of salaries, wages, pensions, gratuities, allowances, benefits and any other entitlement of any employee, worker, political or public office holder, judicial officer or any civil or public servant in any part of the federation and matters incidental thereto. In terms of the establishment, constitution and jurisdiction of the National Industrial court, there is great hope and expectation that it can and will enforce the welfare of the Nigerian worker. But this expectation is only to be tested by what the court will do in fact after a reasonable period of its operation.

Constraints to Staff Productivity. The path to the maximization of the productive capacity of Nigerian workers is long, windy and tortuous. There are many factors that account for this situation, ranging from ambiguous and defective legislations; the attitude of the courts who are more inclined to interpreting labour disputes wearing the spectacles of employers of labour; the pre-disposition of the average Nigerian employee to his work; to the poor conditions of service which is the lot of the dominant class of Nigerian workers. The labour laws in Nigeria work in complementarity with each other to secure a better working condition and work environment for the Nigerian worker. However, there are a number of defects and inadequacies in the laws that need to be addressed if these objectives are to be attained for enhanced productivity. The Labour Act² defines a child as a young person under the age of twelve years while the Employees Compensation Act³ defines a child as any person not more than twenty one years old. These discrepancies in determining the age of eligible employees also affects their recruitment, job specification, conditions and terms of service, and even disengagement and pension rights. To illustrate this, section 20 (1) of the Trade Disputes Act stipulates that a person under the age of twenty one shall not be capable of being an official of a trade union. This and other discriminatory legislation are unfair especially given that such class of persons are eligible to be recruited as employees under cognate labour laws such as the Labour Act⁴.

There are also problems with sections 12 and 30 of the Employees' Compensation Act. In section 12, victims of loss or injuries can only be availed of compensation

¹ Act No. 3.

² Section 91 of the Labour Act, 1971.

³ Section 73 of the Employees' Compensation Act, 2010.

⁴ Section 59 of the Labour Act, 1971.

under the Act in lieu of any other right of action whether statutory or in common law, and only if such injury or loss occurred in the course of employment. There are some unresolved issues relating to this provision. Foremost is that if compensation under the Act is in lieu of remedies under any other statute or common law, there is no provision for what happens where victims seek those remedies and fail or are frustrated from or in the course of seeking such statutory or common law remedies. This is a very important issue which the law needs to address given the overbearing influence brought upon the Nigerian judiciary by the government and large corporations who are the chief employers of labour in the country. Second, it is rather unfair that an employee who has served his employer faithfully cannot be availed of the benefits of the Act simply because he incurred a permanent total or permanent partial disability outside the course of his employment. Under section 30 of the Act, the Nigeria Social Insurance Trust Fund Management Board charged with the duty to implement the Act and to manage and dispense the employees' compensation fund are authorized to make rules for the reconsideration of benefits payable under the Act. The problem, however, is that without an objective guide as to the nature and degree of rules that this Board can make in this regard, a window would have been inadvertently opened for crushing red-tapism and needless manipulation by some self-seeking members of the Board.

With regard to the Trade Unions Act, sections 9 and 50 remain highly contentious. By section 9 of the Act, any trade union refused registration by the Registrar of trade unions appointed by the Government or whose registration has been cancelled by the Registrar stands dissolved. There is no doubt that this provision of the law exposes the organized labour to government manipulation and ultimately impacts negatively on their conditions of service. Again, under section 50 of the Act, any person who commits any offence under the Act is liable to a fine of fifty naira and, by section 49, providing false information to the Registrar attracts a fine of two hundred naira. This is in a country where the current exchange rate of the naira is approximately five hundred to one US dollar. This impacts negatively on the good and positive provisions of the Act in that anybody or union that violates them would almost go scot-free. This grossly inadequate fine has the potential of entrenching a culture of impunity, and there might be deeper consequences of false information provided to the registrar of trade unions. Similarly, under the Factories Act, the fine for offences under the Act range from one hundred naira to two thousand naira and five thousand naira in extreme cases where there is loss of life.¹ These fines constitute the weak link of the Act and require to be remedied by an upward review. And this is more so if the employee would offer his best services and pay due diligence and commitment to his duties. Furthermore, the provision in section 9 (5) of the Pension Reform Act, 2004, that any employee to whom the Act applies may in addition to the total contributions being made by him and his employer, make voluntary contributions to his retirement savings account is highly inappropriate as corrupt employees who are well placed or positioned can cash in on it to hide away

¹ Sections 3 (4), 70, 71 and 72 of the Factories Act, 1987.

moneys which they have stolen from their establishments or any other public office.

Again, judicial interpretation of employment laws and intervention in disputes has made the Nigerian employee over the decades to become increasingly crestfallen and even jittery. And the end result is a decreasing zeal and commitment to duty on the part of the average Nigerian worker. An illustration of this trend is the courts' uncritical mindset that a willing employee cannot be imposed on an unwilling employer. The courts have entrenched this policy assisted by the doctrine of judicial precedent such that no matter how unfair, unjust, humiliating or predatory the dismissal of an employee may be no court is willing to order a re-instatement. In *Kazeem Osisanya v. Afribank*,¹ the Supreme Court of Nigeria stated the position thus:

It has long been firmly established in several decided authorities of the court below and this court that a court cannot impose or foist on an unwilling employer, his or its employee... In a master and servant relationship, a dismissal of the employee by the employer, cannot be declared null and void and of no effect whatsoever. The employee's remedy is in damages where the termination of the appointment or dismissal is held to be wrongful.

The court went further to hold that an employer has a common law right to dismiss his employee without notice on grounds of misconduct or willful disobedience.

In spite of this blanket position, the courts have shown a tendency to distinguish between an employment with statutory flavour otherwise referred to as statutory appointment and the others based on contract of service. In *Duduoye v. Nigeria Gas Company Ltd*², the supreme court after holding that the termination of a contract of service even if unlawful brings to an end the relationship of master and servant since the law is trite that an employee even though willing and able cannot be imposed on an unwilling employer, went on to hold that where parties to a contract mutually agree that the condition for termination is the giving of notice or payment of equivalent salary in lieu of notice, the only valid way to discharge a party from this obligation is the payment of equivalent salary for the period of the notice. The question remains as to what happens even when the court finds that such termination is invalid or unlawful. The answer to this query appears to be supplied by another Supreme Court decision in *Shell Petroleum Development Co. Ltd v. Olarewaju*³ where the court in declining re-instatement held that the remedy for wrongful dismissal is in damages and that the measure of damages is *prima facie* the amount plaintiff would have earned had the employment continued according to the contract of employment, subject to the deduction in respect of amount accruing from any other employment which the plaintiff in minimizing damages either obtained or should reasonably have obtained. It would appear that the position will not change even where the employment is based on statute for the court in *Dudusola's* case after holding that where employment is regulated by statute, the employer is bound to

¹ *Supra*; *Chukwumah v. Shell Petroleum Development Co. Nigeria Ltd (1993) 5SCNJI; Olarewaju v. Afribank Nigeria PLC (2001) 7NSCQR 493.*

² (2013) 53. 3NSCQR 785.

³ (2008) 36 NSCQR 1187.

comply with the conditions of service, otherwise *any action taken to bring to an end the employment would be declared null and void and any other act based therein would also be void*, still proceeded to hold that the law will not impose a willing employee on an unwilling employer.

The pre-disposition of the courts to take the side of the employers in declining re-instatement in cases of wrongful termination of appointment or dismissal is a huge discouragement to workers and a setback to staff productivity. It makes workers nervous and unwilling to offer committed service while officialdom becomes the order of the day. Such attitude of the courts, as observed earlier, is quite uncritical and unhelpful. It has not taken adequate consideration of the nature of public service and private employment in Nigeria. As it pertains to private employment, that is to say employment in the private sector of the economy or in private firms, organizations and institutions, the rule may be germane that you cannot impose a willing employee on an unwilling employer. Even at this, the calculation of the quantum of damages payable upon dismissal ought to take into account a number of factors including the employee's financial condition, his chances of getting another suitable employment and the time it will take him to do so, the length of time he has served in the employment, and the quantum of creativity and expertise he has invested to improve the business of his employer.

In the case of employment in the public service, the courts do not seem to mind the fact that the public service of Nigeria is a huge one. A federal employee can work in any of the thirty six states and the federal capital territory of Abuja all divided up into the North, West and Eastern parts of the country. A reinstated civil or public servant in the North can be transferred to the East or West and there would be no immediate person in his new place of assignment that would hold any grudge against him as to become an *unwilling employer*. There is also a multiplicity of ministries and parastatals where workers who are wrongfully dismissed can be re-instated and re-posted or re-assigned responsibilities. The same applies to States of the federation and even local government areas. The *willing servant against an unwilling master* doctrine is therefore by no means a sacrosanct one as the courts would make it appear. Its direct import is the creation of uncertainty that lowers employee productive output.

Also affecting staff productivity in the country is the mentality of the average Nigerian worker who has the mental fixation that he must get wealthy through the job he does. It does not matter to him the nature of skill and competence he has taken to the job nor his level or rank. The pre-disposition to acquire easy wealth has made most Nigerian workers to cut corners and look only after themselves at the expense of their lawful duties. This results in loss of focus, negligence of duty, corruption and fraud such that a huge well-funded public parastatal or firm that should make profit to grow the economy is eaten away by human terminates over a few years and becomes a drain pipe on the national economy rather than grow it. In the last decade, almost all public service providers such as NITEL, NEPA, Nigeria Airways, Nigeria Railway Corporation, Nigeria Ports Authority have been

grounded because of fraud perpetrated by the employees and their political mentors. This resulted in the privatization of most of these public enterprises whose current operators have become regrettably engrossed with profit maximization rather than provision of services on a fair profit.¹ The Nigerian economy today is in permanent recession partly because employees both in public and private sectors have been unhelpful and less than productive owing to their negative pre-dispositions.

There is also the ubiquitous incidence of absentee or unavailable workers popularly referred to in the country as ghost workers. Nigerian politicians and their top public servants have perfected the craft of injecting into the public payroll lists of fictitious names as civil servants and collect their wages on monthly basis to enrich themselves whereas these people are non-existent. This contributes in hiking the huge wage bill that the government has to pay while receiving no service from such payment thereby draining public resources, crippling the national economy, and leaving little finances at government disposal for capital expenditure, provision of infrastructure and other essential services.

In fairness, attention needs be paid to the poor conditions of service which the Nigerian worker has to live with. Apart from employees in the oil and banking industries, the vast majority of Nigerian workers wallow in poverty occasional by very low wages, spiraling inflation and high cost of basic services, medication, food, housing, education and other necessities. This is in a country where politicians fall over themselves in looting the national treasury. Certain aspects of the Nigerian labour law have not been helpful to the employee. Even in the face of low wages, section 19 of the Trade Disputes Act prohibits any employer, on pain of three years imprisonment for an individual and in the case of a body corporate a fine of twenty five thousand naira, to grant a general or percentage wage increase to any group of employees without the approval of the Minister of Labour and Productivity. The Minister represents government's interest and on that account wages will continue to be low at the pleasure of government. Even more intriguing is the provision of section 18 of the Trade Disputes Act which bars workers from engaging in lock-outs and strikes unless and until the National Industrial Court issues an award to them. The combined effect of these sections of the law in addition to other unfavourable legislation already pointed out in the discussion only complicates the hardship faced by the Nigerian worker. The result is the very low morale among workers with its multiplier effect of low output and productivity. This situation has also given rise to corruption and fraud where workers resort to self-help to improve their living conditions and secure a good life after retirement. It is not surprising, therefore, that the huge public service employees and their counterparts in the private sector do not contribute enough to the development of the national economy.

Recommendations for Improved Labour Productivity. To reactivate and boost staff productivity, concerted efforts in this regard should be made on different fronts.

¹ See generally M.E. Nwocha (2010) «An Appraisal of Economic Liberalization and Sustainable Development in Nigeria» in *Abuja Journal of Public and International Law*, Vol. 1 No. 1, August 2010, pp. 42–56.

First, there must be a review of those labour laws that demoralize workers by making the labour sector uncertain, insecure and unrewarding. There must be a standardization of the age limit for a child and a young person in the Labour Act, Employees' Compensation Act, Trade Disputes Act and other relevant legislations. The current discrepancies in the age limits for children and young persons in these mentioned laws have implications for the contributions these class of persons make to national development and the rewards which they reap from it. In addition, section 12 of the Employees' Compensation Act should be amended to allow victims of injuries or loss the opportunity of reaping the benefits of the Act where they are not satisfied with and reject any award made pursuant to any statute or at common law or where efforts in this regard are frustrated owing to any set of reasons. Furthermore, victims of permanent total or permanent partial disability should be able to have some compensation even where they have suffered these losses outside their course of employment. This is mainly because a person who has tuned and focused his entire life to the service of his employer with commitment and dedication should not be abandoned by his employer simply because he has had his misfortune outside the course of his employment. Again, section 30 of the Employees' Compensation Act should be amended to create an objective guideline under which the Nigeria Social Insurance Trust Fund Management Board can make rules for reconsideration of benefits payable under the Act rather than leaving it entirely to their discretion as is presently the case. The use of their absolute discretion has resulted in arbitrariness and unfair and inequitable application of the Act.

Similarly, section 9 of the Trade Unions Act should be amended to remove the power of the Registrar of trade unions from unilaterally dissolving any trade union by merely cancelling its registration. Such powers should be transferred to the National Industrial Court. Again, section 9(5) of the Pension Reform Act that allows employees to make additional voluntary contributions to their retirement savings account should be amended to place a ceiling on the amount of contributions specific classes of employees can make. This is to avoid a situation where high level employees begin to steal money from their employers and hide same in their retirement savings account. Furthermore, the punishment sections of the Trade Unions Act, Factories Act and other relevant labour laws should be upgraded to impose punishments that reflect current realities and value of the naira and enough to deter violators of labour laws made to benefit the employee.

Second, the Nigerian judiciary must shake off its mental fixation that willing and able employees cannot be imposed on an unwilling employer as exemplified in Supreme Court decisions in *Ziideh v. Rivers State Civil Service Commission*¹, *Osisanya v. Afribank*² and sundry other kindred cases. They must consider the circumstances of the employment in line with our earlier discussion in this Paper and order re-instatement or re-engagement in appropriate cases³. Third, the Nigerian employee must

¹ (2007) 29 NSCQR 701.

² (2007) 29 NSCQR 282.

³ The basic remedies for unfair dismissal according to MacIntyre include reinstatement, re-engagement,

wean himself of the propensity to create illegitimate wealth from his employment. He must change his overall attitude and disposition to work by imbibing decent, productive and result-oriented work ethics. The incidence of ghost workers must be eliminated by creating accurate and reliable statistics and data of visible and existing workforce. Fourth, it is time that the Nigerian government and employers of labour generally took the welfare and working conditions of employees seriously. Nigerian workers ought to be well paid and motivated to deliver their best services. Wages, retirement benefits and other allowances and emoluments of all classes of workers must be competitive and compare with global trends.

Fifth, the National Industrial Court must be pro-active and alive to its responsibilities. It must be flexible enough to interpret labour disputes expansively particularly where it concerns provisions that are designed for the benefit of the workforce. The court should expedite action on labour disputes brought before it and not allow itself become a dumping ground for labour disputes where government would prevent organized labour from embarking on strike and lock-outs under section 18 of the Trade Disputes Act only to abandon negotiations with labour and dump the dispute in the court with the aim to frustrate the demands of labour. In addition, the court should be bold to speak to power in the interest of national development. At the same time, the court should discountenance unreasonable and unrealistic demands of over-zealous and implacable labour leaders and create a balance necessary to grow the national economy. When all of these recommendations have been put into action, the labour laws would be strengthened and staff productivity would witness a remarkable boost.

Conclusion. Industrial laws in Nigeria are designed to create an effective and efficient labour force that can make meaningful contribution to the development of the national economy. These laws include the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, Labour Act, Employees' Compensation Act, Trade Unions Act, Trade Disputes Act, Factories Act, Pension Reform Act, and the National Industrial Court Act. These laws have additionally been designed to foster stability in the Nigerian labour market and to avert industrial disharmony. However, a close study of the laws as done in this Paper has revealed that there are certain defects inherent in them that need to be corrected if the objectives of enacting them would be actualized in a sustainable way. And propositions for these amendments have been made. The poor and negative attitude of the Nigerian employee to work has been analyzed as part of the factors that impact on his productivity including, and in addition to, his poor conditions of service. And finally, recommendations have been made in order to strengthen Nigerian employment laws and promote staff productivity in the country.

and compensation. See E. MacIntyre (2008) Business Law. Harlow: Pearson Education Limited, p. 155.

References:

1. Abbott, K., Pendlebury, N., Wardman, K. (2013). *Business Law*, 9th ed. UK: CENGAGE Learning.
2. Bose, D.C. (2008). *Business Law*. New Delhi: PHI Learning Private Limited.
3. Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999.
4. Employees' Compensation Act, 2010.
5. Factories Act, 1987.
6. Labour Act, 1971.
7. MacIntyre E. (2008). *Business Law*. Harlow: Pearson Education Limited.
8. National Industrial Court Act, 2006.
9. Nwocha M.E. (2010). «An Appraisal of Economic Liberalization and Sustainable Development in Nigeria» in: *Abuja Journal of Public and International Law*, Vol. 1, No. 1.
10. Olakanmi, J. (2012). *Labour Law Handbook*, 3rd ed. Abuja: Lawlords Publications.
11. Pension Reform Act, 2004.
12. Trade Disputes Act, 2006.
13. Trade Unions Act, 1973.
14. Uvieghara, E.E. (2001). *Labour Law in Nigeria*. Lagos: Malthouse Press Ltd.

Нвоча Маттгев Енія, доктор філософії, юридичний факультет, Ебонійський державний університет, Нігерія, м. Абакалікі.
e-mail: nwochaenyaeni@gmail.com

Трудове законодавство і продуктивність праці в Нігерії

У статті розглянуто різноманітні законодавчі акти, що стосуються проблем зайнятості в Нігерії, а також властиві їм недоліки, які негативно позначаються на продуктивності праці працівників. Зазначені чинники негативно впливають на національну економіку, створюють можливості для шахрайства та корупції як у державному, так і в приватному секторах. Установлено, що недосконале трудове законодавство, неналежний рівень компетентності нігерійських судів при розгляді трудових спорів, негативне ставлення до них самих працівників, погані умови праці в промисловому секторі є причиною низької якості продукції і продуктивності праці. Запропоновано способи усунення цих негативних тенденцій, зокрема шляхом унесення поправок до законодавчих актів щодо промисловості, а також поліпшення умов праці.

Ключові слова: національна економіка; розвиток; працівник; трудове право; продуктивність; виробничі відносини; трудові спори; судовий розгляд.

Надійшла до редколегії 24.04.2017 р.

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 137

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 06.06.2017 р. Формат 70x100 ¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 16,7. Обл.-вид. арк. 15,7.
Тираж 300 прим. Зам. № 17-06/04. 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.