

Національна академія правових наук України
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого



ВІСНИК

НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Заснований у 1993 році
Періодичність випуску – 4 номери на рік

Том 25, № 1
2018

Харків
«Право»
2018

*Рекомендовано до друку вченою радою
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(протокол № 7 від 28 березня 2018 р.)*

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

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

Видання включено до міжнародної наукометричної бази
Index Copernicus International
(Варшава, Польща)

Вісник Національної академії правових наук України / редкол.: О. В. Петришин та ін. – Харків : Право, 2018. – Т. 25, № 1. – 240 с.

Засновники:

Національна академія правових наук України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Видавець:

Національна академія правових наук України

Відповідальний за випуск

О. В. Петришин

Матеріали друкуються українською, російською та англійською мовами

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

Офіційний сайт: visnyk.kh.ua

e-mail: visnyk_naprnua@ukr.net

National Academy of legal Sciences of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University



JOURNAL

OF THE NATIONAL ACADEMY
OF LEGAL SCIENCES OF UKRAINE

Founded in 1993

Periodicity – 4 issues per year

Volume 25, Issue 1
2018

Kharkiv
«Pravo»
2018

*Recommended for publication by the academic Council
Yaroslav Mudryi National Law University
(Protocol № 7 dated 28 March 2018)*

The certificate of state registration
KB № 19889-9689P date 09.04.2013.

**Journal included in the List
of scientific professional publications in the field of legal Sciences**
(the order of MES of Ukraine No. 241 dated on 09.03.2016)

Journal included in the international scientometric databases
Index Copernicus International
(Warsaw, Poland)

Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine / editorial board:
O. V. Petryshyn et al. – Kharkiv : Pravo, 2018. – Vol. 25, № 1. – 240 p.

The founders:
National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University

Publisher:
National Academy of Legal Sciences of Ukraine

Responsible for the release of
O. V. Petryshyn

Materials are published in Ukrainian, Russian and English

The Editorial Board address: 61024, Kharkiv, 70 Pushkinska Street, National Academy of Legal Sciences of Ukraine. Ph.: (057) 707-79-89

Official website: visnyk.kh.ua
e-mail: visnyk_naprunu@ukr.net

НАУКОВА РАДА ВІСНИКА

Василь Тацій – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України та НАПрН України (голова наукової ради) (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Юрій Баулін – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Юрій Битяк – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Вячеслав Борисов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, Україна);

Володимир Гарашук – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Голіна – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Гончаренко – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Микола Іншин – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна);

Оксана Капліна – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Сергій Ківалов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний університет «Одеська юридична академія», Україна);

Вячеслав Комаров – кандидат юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олександр Крупчан – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Україна);

Микола Кучерявенко – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Василь Нор – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Львівський національний університет імені Івана Франка, Україна);

Олена Орлюк – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Національної академії правових наук України, Україна);

Микола Панов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Пилипчук – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, Україна);

Сергій Прилипко – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Україна);

Петро Рабінович – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Львівський національний університет імені Івана Франка, Україна);

Вячеслав Рум'янець – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олександр Святоцький – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (видавництво «Право України», Україна);

Анатолій Селіванов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Верховна Рада України, Україна);

Інна Спасибо-Фатєєва – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Тихий – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національна академія правових наук України, Україна);

Юрій Шемшученко – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України та НАПрН України (Інститут держави і права імені В. М. Корецького Національної академії наук України, Україна);

Михайло Шульга – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ ВІСНИКА

Олександр Петришин – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (голова редакційної колегії) (Національна академія правових наук України, Україна);

Юрій Барабаш – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Валентина Борисова – кандидат юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Анатолій Гетьман – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Богдан Головкін – доктор юридичних наук, доцент (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Костянтин Гусаров – доктор юридичних наук, професор (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Наталія Гуторова – доктор юридичних наук, професор (Полтавський юридичний інститут Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Журавель – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національна академія правових наук України, Україна);

Дмитро Задихайло – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Анатолій Коструба – доктор юридичних наук, доцент (Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, Україна);

Наталія Кузнєцова – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна);

Василь Лемак – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Ужгородський національний університет, Україна);

Ірина Лукач – доктор юридичних наук, професор (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна);

Дмитро Лук'янов – доктор юридичних наук, доцент, член-кореспондент НАПрН України (Національна академія правових наук України, Україна);

Сергій Максимов – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Іван Назаров – доктор юридичних наук, доцент (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Василь Настюк – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Мар'яна Пленюк – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник (Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Україна);

Світлана Серьогіна – доктор юридичних наук, доцент, член-кореспондент НАПрН України (Національна академія правових наук України, Україна);

Валерій Шенітько – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Ольга Шило – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Іван Яковюк – доктор юридичних наук, професор (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олег Ярошенко – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Юрген Базедов – професор (Інститут іноземного та міжнародного приватного права імені Макса Планка, Німеччина);

Вільям Еліот Батлер – професор (Школа права, Університет штату Пенсильванія, США);

Станіслав Бука – професор (Балтійська міжнародна академія, Латвія);

Чаба Варга – професор (Інститут правових досліджень, Угорська академія наук, Угорщина);

Томас Давуліс – професор (Юридичний факультет, Вільнюський державний університет, Литва);

Танел Керікмає – професор (Школа права, Талліннський технічний університет, Естонія);

Райнер Кульмс – професор (Інститут іноземного та міжнародного приватного права імені Макса Планка, Німеччина);

Йошіке Курумисава – професор (Школа права, Університет Васеда, Японія);

Снеголе Матюльєне – професор (Університет імені Миколаса Ромеріса, Литва);

Ізабела Скомерська-Муховська – професор (Лодзинський університет, Польща);

Кирило Томашевський – доктор юридичних наук, доцент (Центр трудового права Міжнародного університету «МИТСО», Республіка Білорусь);

Ханс Іоахім Шрамм – професор (Інститут Східного права Університету технології, бізнесу і дизайну, Німеччина);

Томас Жиаро – професор (Варшавський університет, Польща);

Теофіль Асслер – професор (Університет Страсбурга, Франція);

Катерін Меа – професор (Лісабонський університет, Португалія).

SCIENTIFIC COUNCIL OF THE HERALD

Vasyl Tatsii – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine and the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Chairman of the Scientific Council) (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Yurii Baulin – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Yurii Bytiak – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Viacheslav Borysov – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute for Study of Crime Problems named after Academician V. V. Stachys of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Volodymyr Garashchuk – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Golina – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Goncharenko – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Mykola Inshyn – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine);

Oksana Kaplina – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Sergii Kivalov – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The National University «Odessa Academy of Law», Ukraine);

Viacheslav Komarov – Candidate of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Oleksandr Krupchan – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Mykola Kucheriavenko – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Vasyl Nor – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine);

Olena Orliuk – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute of Intellectual Property of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Mykola Panov – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Pylypchuk – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute of Informatics and Law) of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Sergii Prylypko – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (High Qualification Commission of Judges of Ukraine, Ukraine);

Petro Rabinovych – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine);

Viacheslav Rumiantsev – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Oleksandr Sviatotskyi – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Publishing House «Law of Ukraine», Ukraine);

Anatolii Selivanov – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Verkhovna Rada /Supreme Council/ of Ukraine, Ukraine);

Inna Spasybo-Fateieva – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Tykhyi – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Yurii Shemshuchenko – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine and National Academy of Legal Sciences of Ukraine (V.M.Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine);

Mykhailo Shulga – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine).

EDITORIAL BOARD OF THE HERALD

Oleksandr Petryshyn – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Chairman of the Editorial Board) (National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Yurii Barabash – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Valentyna Borysova – Candidate of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Anatolii Getman – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Bogdan Golovkin – Doctor of Juridical Science, Associate Professor (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Konstantyn Gusarov – Doctor of Juridical Science, Professor (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Nataliia Gutorova – Doctor of Juridical Science, Professor (Poltava Law Institute of the Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Zhuravel – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Dmytro Zadykhailo – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Anatolii Kostruba – Doctor of Juridical Science, Associate Professor (Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ukraine);

Nataliia Kuznietsova – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine);

Vasyl Lemak – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Uzhgorod National University, Ukraine);

Iryna Lukach – Doctor of Juridical Science, Professor (Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine);

Dmytro Lukianov – Doctor of Juridical Science, Associate Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Sergii Maksymov – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Ivan Nazarov – Doctor of Juridical Science, Associate Professor (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Vasyl Nastiuk – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Mariana Pleniuk – Doctor of Juridical Science, Senior Research Associate (Scientific and Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Svitlana Seriogina – Doctor of Juridical Science, Associate Professor, Corresponding Member of the National Academy of Sciences of Ukraine (National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Valerii Shepitko – Doctor of Juridical Science, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Olga Shylo – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Ivan Yakoviuk – Doctor of Juridical Science, Professor (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Oleg Yaroshenko – Doctor of Juridical Science, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Jürgen Basedow – Professor (Max Planck Institute for Foreign and International Private Law, Germany);

William Eliot Butler – Professor (School of Law, University of Pennsylvania, USA);

Stanislav Buka – Professor (Baltic International Academy, Latvia);

Csaba Varga – Professor (Institute of Legal Studies, Hungarian Academy of Sciences, Hungary);

Tomas Davulis – Professor (Faculty of Law, Vilnius State University, Lithuania);

Tanel Kerikmäe – Professor (School of Law, Tallinn Technical University, Estonia);

Rainer Kulms – Professor (Max Planck Institute for Foreign and International Private Law, Germany);

Yoshiike Kurumisawa – Professor (School of Law, Waseda University, Japan);

Snieguolė Matulienė – Professor (University of Mykolas Romeris, Lithuania);

Isabela Skomerska-Mukhovska – Professor (University of Lodz, Poland);

Kyrylo Tomashevskyy – Doctor of Juridical Science, Associate Professor (Labor Law Center of the International University «MITSO», Republic of Belarus);

Hans Joachim Schramm – Professor (Institute of Eastern Law of the University of Technology, Business and Design, Germany);

Tomasz Giaro – Professor (Warsaw University, Poland);

Théo Hassler – Professor (University of Strasbourg, France);

Catherine Maia – Professor (University of Lisbon, Portugal).

Зміст

БОГАЧ Ю. В. Способи захисту торговельних марок від «паразитичного» використання	13
ГРИНЯК А. Б., ПЛЕНЮК М. Д. Правова природа ризику в договорах з виконання робіт.....	29
ЗІНЧЕНКО О. В. Особливості форми правління арабських монархій (порівняльний аналіз).....	50
КИРИЧЕНКО В. Є. Церковно-державні відносини в контексті релігійного різнодумства.....	65
КОМАРОВА Т. В. Організація судової системи Європейського Союзу	79
КОСТРУБА А. В. Теоретичне розуміння системи правових форм захисту корпоративних відносин	97
КУЗНЄЦОВА Н. С., ОНІЩЕНКО Н. М. Роль правової ініціативи у становленні громадянського суспільства	120
ПИСАРЕНКО Н. Б. Верховенство права в адміністративному судочинстві: від доктринальної ідеї до практичної імплементації.....	134
ПОДЦЕРКОВНИЙ О. П. Досвід спеціалізації господарської (комерційної) юрисдикції в Україні та західних країнах	146
ПОЛІТАНСЬКИЙ В. С. Новаційно-правові погляди стосовно стадій розвитку електронного урядування	162
УСМАНОВ Ю. І. Проблема цільових убивств у міжнародному гуманітарному праві	177
ХАУСТОВА М. Г. Правова інтеграція: теоретичний аспект.....	192
ХРИСТОВА Г. О. Зобов'язання держави у сфері прав людини в умовах окупації	204
ЯРОЦЬКИЙ В. Л. Приватноправовий примус в цивільних охоронних правовідносинах.....	219

Table of contents

BOHACH Y. V. Protection means of trademarks in ambush marketing cases	13
GRINYAK A. B., PLENYUK M. D. The legal nature of risk in contract work	29
ZINCHENKO O. V. Peculiarities of arab monarchies forms of government (comparative analysis)	50
KIRICHENKO V. E. Church-state relations in the context of religious heresy	65
KOMAROVA T. V. Organization of the judicial system of the European Union	79
KOSTRUBA A. V. Theoretical understanding of the system of legal forms of protection of corporate relations	97
KUZNETSOVA N. S., ONISHCHENKO N. N. The role of the legal initiative in the establishment of civil society	120
PYSARENKO N. B. The rule of law in administrative proceedings: from the doctrinal idea to practical implementation	134
PODTSERKOVNY O. P. The experience of specialization of economic (commercial) jurisdiction in Ukraine and western countries	146
POLITANSKYI V. S. Innovative legal views regarding stages of development of e-governance.....	162
USMANOV Iu. I. The problem of targeted killings in international humanitarian law	177
KHAUSTOVA M. G. Legal integration: the theoretical aspect.....	192
KHRYSTOVA G. O. Human rights obligations of a state in situation of occupation	204
YAROTSKIY V. L. Private legal enforcement in civil protective legal relations	219

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК ВІД «ПАРАЗИТИЧНОГО» ВИКОРИСТАННЯ

Анотація. Відсутність в українському законодавстві єдиного чіткого переліку способів захисту права інтелектуальної власності на знаки товарів і послуг, а також низька частота застосування або недостатня ефективність окремих передбачених законодавством способів захисту (зокрема, відшкодування моральної шкоди), спричинені відсутністю усталеної судової практики, зумовлює актуальність досліджуваної проблеми. У статті встановлено положення українського законодавства, які визначають поняття паразитичних форм використання торговельних марок, запропоновано конкретизацію норм стосовно підстав права захисту власників свідоцтв на товарні знаки відповідно до законодавства ЄС, а також визначено усі можливі способи захисту порушеного права інтелектуальної власності на знаки товарів і послуг, передбачені різними законодавчими актами України. Дане дослідження становить інтерес для юристів, що практикують у справах захисту порушеного права інтелектуальної власності на знаки товарів і послуг.

Ключові слова: знак на товари і послуги, торговельна марка, паразитичний маркетинг, ризик змішування, способи захисту права інтелектуальної власності, недобросовісна конкуренція.

Юлія Васильевна Богач

Кафедра фінансового права
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко
Киев, Украина

СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ТОРГОВЫХ МАРОК ОТ «ПАРАЗИТИЧЕСКОГО» ИСПОЛЬЗОВАНИЯ

Аннотация. Отсутствие в украинском законодательстве единого четкого перечня способов защиты права интеллектуальной собственности на знаки товаров и услуг, а также низкая частота применения или недостаточная эффективность отдельных предусмотренных законодательством способов защиты (в частности, возмещения морального вреда), вызванные отсутствием устоявшейся судебной практики, обуславливает актуальность исследуемой проблемы. В статье установлены нормы украинского законодательства, которые определяют понятие паразитических форм использования торговых марок, предложена конкретизация норм относительно оснований права защиты владельцев свидетельств на товарные знаки в соответствии с законодательством ЕС, а также определены все возможные способы защиты нарушенного права интеллектуальной собственности на знаки товаров и услуг, предусмотренные различными законодательными актами Украины. Данное исследование представляет интерес для юристов,

практикуючих в сфері захисту порушеного права інтелектуальної власності на знаки товарів і послуг.

Ключевые слова: знак на товари и услуги, торговая марка, паразитический маркетинг, риск смешивания, способы защиты права интеллектуальной собственности, недобросовестная конкуренция.

Yuliia V. Bohach

*Department of Finance Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv
Kyiv, Ukraine*

PROTECTION MEANS OF TRADEMARKS IN AMBUSH MARKETING CASES

Abstract. *The topicality of research lies in the problem which is caused by the absence of the unique list of protection means for intellectual property on trademarks and services in Ukrainian legislation and also the low application frequency or insufficient efficiency of separate provided by legislation means (in particular, compensation of moral damages), which is reasoned with absence of well-established jurisprudence. In this article, we marked legal definitions of ambush marketing forms of using trademarks, offered concretization of norms in accordance with legislative regulation of basis for intellectual property right protection according to EU legislation, and all possible protection means for rights violation of intellectual property trademarks and services, established in different Ukrainian legislative acts. This research is of interest to lawyers, who are practicing in cases of intellectual property rights violation of trademarks and services.*

Keywords: trademark and services sign, trademark, ambush marketing, risk of confusion, means of intellectual property protection, unfair competition.

ВСТУП

Імітація відомої торговельної марки для реалізації конкурентної продукції є поширеним порушенням права інтелектуальної власності.

На сьогодні видано вже понад 200 тис. свідоцтв на знаки для товарів і послуг. Розмаїття торговельних марок ускладнює процес вибору споживачем потрібних йому товарів і послуг. Саме тому виробники намагаються створити оригінальні торгові знаки, які б виділили саме їхню продукцію серед конкурентів. Отже, саме торговельна марка є орієнтиром, своєрідною візитівкою на ринку товарів і послуг [1]. Справді, знаки є корисними як для суб'єкта господарювання, так і споживача. Адже торговельні марки формують і зміцнюють позитивний імідж компанії, роблять можливою чітку сегментацію ринку (визначення своєї цільової групи споживачів з метою цілеспрямованого впливу на неї, що дає змогу економити кошти порівняно з маркетинговими витратами на «освоєння» всього ринку); зрештою, вони забезпечують стимулювання збу-

ту, зростання прибутковості фірми та підвищення її конкурентоспроможності. А для споживачів вони виступають гарантими наявності у товару певних корисних властивостей і відповідного рівня якості, а тому полегшують вибір потрібного продукту на ринку [2].

У гонитві за прибутком, орієнтуючись на споживчий попит і побоюючись при цьому ризику та невдач, недобросовісні підприємці грають на популярності відомих знаків [3]. Вони вдаються до імітації товарного знаку чи упаковки з метою створення у споживача на рівні підсвідомості асоціації з уже відомим йому брендом, що користується довірою на ринку.

Зазвичай продукція фірм-паразитів не вирізняється високою якістю, однак основною причиною попиту є привабливі ціни. Недобросовісні суб'єкти господарювання часто застосовують аргументацію, що їхній продукт є дешевшим аналогом дорогого бренду, висока вартість якого пояснюється лише витратами на рекламу. Інші ж не знижують вартість продукції, а розповсюджують її за високими цінами, використовуючи схоже позначення відомого товарного знака. Такі компанії розраховують на неувважність покупців, які не в змозі до деталей розрізнити дизайн упаковки чи можуть не помітити різниці декількох літер у назві продукту. Нерідко споживач несвідомо купує підробку, вважаючи, що це або зміна дизайну відомого йому бренду, або інший товар тієї самої компанії.

Дії, описані вище, є прикладами паразитичного використання торговельних марок, що визначено законодавством як акти недобросовісної конкуренції. Така діяльність у першу чергу має негативний вплив на репутацію виробника оригінального товару. Незадоволені споживачі, скориставшись продукцією недобросовісного продавця, втратять довіру до продуктів із справжнім товарним знаком відомої та перевіреної компанії. Однак саме ці споживачі можуть допомогти виробнику якісної продукції захистити своє право на товарний знак і відновити репутацію, повідомляючи про такі акти недобросовісної конкуренції на ринку [4].

Власник зареєстрованої торговельної марки може захистити свої права в адміністративному чи судовому порядку. Належна реалізація прав інтелектуальної власності на торговельні марки розглядається світовою спільнотою як невід'ємна умова ефективного розвитку економіки, важливий фактор підвищення конкурентоспроможності продукції, захисту від недобросовісної конкуренції, а усунення недоліків у правовому регулюванні охорони торговельних марок є одним із завдань законопроектної роботи у даній сфері [5].

Українське законодавство розвивається, імплементуючи норми законодавства ЄС, та передбачає різноманіття правових способів захисту. Однак часто позивачі у справах використовують не всі можливі способи захисту права інтелектуальної власності на знаки для товарів і послуг. Це спричинило відсутність усталеної судової практики в окремих питаннях. З метою підвищення рівня обізнаності суб'єктів господарювання та юристів-практиків у даній статті ми висвітлимо усі можливі способи захисту, що передбачені українським законодавством.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

У ході дослідження застосовувалися теоретичні методи аналізу, синтезу та порівняння. Зокрема, проведено аналіз судової практики з приводу застосування різноманітних способів судового захисту права інтелектуальної власності на знаки для товарів і послуг. Порівняльно-правовий метод застосовувався при проведенні порівняльного дослідження українського та європейського законодавства і судової практики.

При написанні роботи комплексно аналізувалися праці вчених у галузі інтелектуальної власності та економіки, а саме досліджено працю С. В. Степаненка щодо форм паразитичного маркетингу з економічної точки зору [2]. За допомогою методу системного синтезу, наведені вченим дефініції співставлено з положеннями законодавства України та виявлено конкретні законодавчі норми, що відповідають формам паразитичного використання торговельних марок.

Для детального вивчення поняття «ризик змішування» було досліджено працю Г. О. Андрощука, який також окреслив проблемні аспекти проведення експертизи у справах про недобросовісну конкуренцію [6]. Для порівняння захисту права інтелектуальної власності за правом України та іноземних держав, було розглянуто праці О. А. Рассомахіної [5], А. А. Герца [7] та закордонних дослідників, зокрема праці Т. Шуберта стосовно порушення права інтелектуальної власності [8], Л. МакДонага про розвиток європейського права інтелектуальної власності на товарні знаки [9] та ін.

У ході дослідження опрацьовано національні та міжнародні правові акти, серед яких важливе значення мають такі акти, як Паризька конвенція про охорону промислової власності [10], Директива Європейського парламенту і Ради «Про зближення законодавств держав-членів відносно товарних знаків та знаків обслуговування» [11], Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» 1994 р. [12], Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» 1996 р. [13], а також інші нормативно-правові акти, в яких закріплено форми та способи захисту права інтелектуальної власності на торговельні знаки.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Визначення паразитичних форм використання знаків на товари і послуги відповідно до законодавства

В Україні охорона товарних знаків регулюється насамперед Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [12]. У ст. 1 Закону поняття «знак» визначено як позначення, за яким товари і послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб. У ч. 3 ст. 5 «Умови надання правової охорони» зазначено, що право власності на знак засвідчується свідоцтвом. Відповідно, правова охорона забезпечується лише офіційно зареєстрованим торговим знакам, які мають передбачені законодавством свідоцтва.

Оскільки метою даної статті є визначення способів захисту торговельних марок від паразитизму, то варто визначити, які позначення є «марками-паразитами».

В ч. 2 ст. 5 Закону України встановлено: «Об'єктом знака може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, у тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, а також будь-яка комбінація таких позначень...».

Це означає, що предметом позову проти незаконного використання торгової марки може бути не ідентичне її копіювання, а використання будь-якого схожого елемента, що є об'єктом знака. Аналогічний висновок можна зробити з аналізу положень ч. 5 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Норма передбачає право власника свідоцтва забороняти іншим особам без його згоди використовувати не лише зареєстрований знак стосовно зазначених у свідоцтві або споріднених товарів і послуг, але й будь-яке позначення, що має схожість із зареєстрованим знаком (знову ж таки, як для наведених у свідоцтві, так і споріднених товарів і послуг), якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або ці позначення і знак можна сплутати.

Аналізуючи положення ст. 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [13], робимо висновок, що формами-паразитами торговельної марки є не лише ідентичні знаки, а й позначення, які схожі на торговельну марку суб'єкта господарювання і використовуються без його дозволу, що в результаті призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання. Відповідно, використання таких позначень визнається Законом неправомірним.

2.2 Визначення «ризиків змішування»

Відповідно до положень Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 р.: «країни Союзу зобов'язані забезпечити громадянам країн, що беруть участь у Союзі, ефективний захист від недобросовісної конкуренції» [10]. Тут же визначено дії, які можна вважати недобросовісними, а саме такі, що будь-яким способом здатні викликати змішування відносно підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента.

Але чи встановлені якісь чіткі критерії для визначення цієї схожості, що свідчить про порушення права власника торгової марки? У доктрині існує декілька різновидів «змішування». Зокрема, це поняття не обмежується лише відношенням щодо походження товару. Розрізняють спонсорське змішування та стосовно «приналежності до організації». Перше можливе, коли недобросовісний підприємець використовує відомий знак для оформлення абсолютно несуміжного товару, а споживач сприймає це як зв'язок між відомою компанією і продуктом

іншого виробника, який, начебто, «zasлужив» спонсорську увагу відомого бренду. Про приналежність до організації можна говорити тоді, коли у споживача складається враження, наче товар зі схожим знаком є новою продукцією відомої йому фірми [6].

Директива ЄС No 2008/95/ЄС визначає поняття схожості з аналізу ризику змішування. «Ризик змішування повинен виступати особливою умовою охорони; його оцінка залежить від багатьох факторів, зокрема і від рівня відомості знака на ринку, від асоціації, яка проводиться між знаком і використовуваним чи зареєстрованим позначенням, від ступеня схожості і між товарами та послугами, які вони позначають. Положення про засоби встановлення ризику змішування, зокрема і про тягар доведення належить визначати національними процедурними правилами...» [11]. В Україні у справах про захист прав на торговельну марку (знак на товари та послуги) проводиться судова експертиза.

Вищезгадані норми є необхідними для захисту прав і законних інтересів власника торгової марки, адже на практиці відомо чимало прикладів неправомірного використання схожих позначень з метою збуту власної продукції під виглядом відомого бренду. Така діяльність в економіці отримала назву «паразитичного маркетингу». Маловідомі підприємства-паразити вдаються до імітації дизайну упаковки, логотипу, фірмового найменування та навіть елементів іміджу та рекламного образу популярних на ринку компаній чи їх окремих продуктів. Таким чином, вони крадуть позитивні асоціації споживачів із відомим брендом – неправомірно використовують ділову репутацію суб'єкта господарювання. Так, відповідно до ч. 1 ст. 33 Господарського кодексу України неправомірним використанням ділової репутації суб'єкта господарювання визнаються:

- неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки;
- неправомірне використання товару іншого виробника;
- копіювання зовнішнього вигляду виробу іншого виробника;
- порівняльна реклама [14].

Для цього недобросовісні компанії використовують:

- співзвучні назви – фонетична схожість;
- назви з аналогічним чи антонімічним змістом – семантична схожість;
- подібні до оригіналу букви чи знаки – візуальна схожість (відповідно до п. 4.3.2.6 Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг) [15].

Так, у 2009 р. розпочався спір Gucci vs. Guess, який тривав чотири роки. Gucci подали два позови: у Нью-Йорку та в Мілані проти компанії-відповідача, звинувативши Guess у копіюванні лого для серії взуття, а саме, використання літери «G». Таке обвинувачення в недобросовісній конкуренції та порушенні права власника торгової марки суди розглянули зовсім по-різному: у Нью-Йорку позов було задоволено й присуджено \$ 4,7 млн компенсації, а в Мілані суд став на сто-

рону бренду Guess, визнавши, що використання літери «G» є широко розповсюдженим у fashion-індустрії. З наведеної ситуації можемо зробити висновок, що узгодженої судової практики з даного виду спорів у світі ще немає, а тому вкрай важливими є стратегія доказування своєї позиції сторонами спору.

Окрім текстової імітації, досить часто недобросовісні конкуренти працюють над позначенням зі схожим дизайном [16]. Зокрема, елементами імітації стають колір або гама кольорів, розташування деталей на упаковці, форма упаковки. Часто текст і дизайн імітуються комплексно. Конкуренти можуть використовувати паразитичні форми торговельних марок для збуту ідентичної продукції у випадку прямої конкуренції з оригінальною маркою (наприклад, зубні пасти «Aquafresh» і «Aquarelle»), а можуть розширювати чужий бренд на невластиві йому товари. Так, свого часу з'явилась зубна паста «Orbit», яка не належала первинному виробнику жувальної гумки [2].

2.3 Визначення поняття «посягання» на права власника свідоцтва на товарний знак

Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не передбачено конкретних дій недобросовісного користувача товарного знака, за які встановлювалася би цивільно-правова, кримінальна чи адміністративна відповідальність. Натомість ст. 20 наділяє власника свідоцтва необмеженим правом захисту свого знака: «Будь-яке посягання на права власника свідоцтва, передбачені статтею 16 цього Закону, в тому числі вчинення без згоди власника свідоцтва дій, що потребують його згоди, та готування до вчинення таких дій, вважається порушенням прав власника свідоцтва, що тягне за собою відповідальність згідно з чинним законодавством України». Дана норма містить відсилку до ст. 16, де передбачені конкретні права власника свідоцтва, про які ми вже згадували раніше. Відповідно, посягання на ці права і тягне відповідальність. Але як правильно тлумачити «посягання»? Власник торгової марки може і не здогадуватися, що його права порушуються, оскільки Закон не встановлює чітких дій, які можуть розцінюватися як посягання. Або ж, навпаки: власник свідоцтва може зловживати своїм правом захисту торгового знака, подаючи до суду необґрунтовані позови. В результаті суди будуть перевантажені безперспективними справами, а відповідачі не зможуть спокійно займатися господарською діяльністю. З іншого боку, межі захисту прав встановлювати не можна, оскільки законодавець не здатний передбачити абсолютно кожного можливого правопорушення. В українському законодавстві варто окреслити дії, які власник свідоцтва на знак може вважати посяганням на свої права [7]. Таку норму позивач зможе використовувати як підставу для позову в обґрунтуванні своїх позовних вимог, що полегшить процес його звернення до суду.

Зокрема, такі дії визначені в Директиві «Про зближення законодавств держав-членів відносно товарних знаків та знаків обслуговування». Згідно з цим документом заборонено:

- розміщувати відповідне позначення на товарах чи на їх упаковці;
- пропонувати товари, вводити їх в обіг чи зберігати в цих цілях або пропонувати чи надавати послуги під відповідним позначенням;
- здійснювати імпорт чи експорт товарів під відповідним позначенням;
- використовувати відповідне позначення в офіційних документах і рекламі [11].

Варто зазначити, що перелік посягань на права власника торгового знака не є вичерпним. Така конкретизація спрямована на швидкий та ефективний захист прав власників на знаки. Дана норма не повинна стати обмеженням його права на захист, а тому потрібно додати положення ст. 20 Закону [12], трансформувавши його, наприклад, таким чином: «...даний перелік не є вичерпним. Посягання в будь-якій іншій формі тягне відповідальність, передбачену законодавством України».

2.4 Способи захисту права інтелектуальної власності на торговельну марку

В ч. 2 ст. 20 Закону [12] передбачено наслідки, які виникають у результаті посягання на права власника свідоцтва. Насамперед, власник свідоцтва вправі вимагати припинення порушення та відшкодування заподіяних збитків. Він може також вимагати, аби порушник усунув з товару чи його упаковки незаконно використаний знак чи позначення, що схоже з ним до ризику сплутання. Більше того, власник свідоцтва може вимагати знищення виготовлених зображень знака або схожого з ним до ризику сплутання позначення. За згодою власника свідоцтва, вимагати поновлення його порушених прав також може особа, яка придбала ліцензію.

В ст. 21 Закону визначено, що захист прав може здійснюватися у судовому та іншому встановленому законом порядку.

2.4.1 Позасудовий порядок захисту

Зазвичай адміністративно-правовий захист прав інтелектуальної власності здійснюється шляхом звернення до Антимонопольного комітету України (АМКУ), який здійснює свою діяльність відповідно до Конституції України, законів України «Про антимонопольний комітет України» [17], «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», інших законів та нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів. АМКУ розглядає справу щодо неправомірного використання позначення в контексті порушення правил добросовісної конкуренції. Заявник у своєму зверненні може вимагати вчинення дій, що охоплюються повноваженнями АМКУ, а саме, визнання факту недобросовісної конкуренції та припинення такої діяльності, накладення штрафів та конфіскації товарів з неправомірно використаним позначенням і копій виробів іншого суб'єкта господарювання.

Якщо АМКУ визнає певні дії порушника неправомірним використанням позначення, то заявник може звернутись до суду з позовом про відшкодування збитків, заподіяних неправомірними діями порушника. А отже, можливо поєднувати різні способи захисту для досягнення максимально ефективного результату, тобто захисту своїх порушених прав. Варто також згадати певні особливості різних способів захисту, а саме:

- АМКУ може розглядати справу ширше вимог заявника, тоді як суд не вправі виходити за межі позовних вимог;
- рішення АМКУ може бути оскаржене у суді;
- АМКУ може розглядати справи лише між конкурентними суб'єктами господарювання [18].

А тому кожен обирає той спосіб захисту, який найповніше мірою зможе задовольнити його вимоги та відновити порушене право.

В Україні не раз доводилося захищати своє право на торговельну марку «Raffaello» італійській компанії Soremartec Italia-Gruppo Ferrero. Зокрема, у 2005 р. було виявлено акт недобросовісної конкуренції з боку непрямих конкурентів, які займалися не солодощами, а виробництвом та реалізацією шампанського «Raffaell», елементи обгортки якого композиційно та графічно імітували дизайн упаковки цукерок «Raffaello». Тоді АМКУ припинив недобросовісну діяльність з боку ДП «Севастопольський виноробний завод» і ТОВ «ГД “Маркет-Груп”».

У 2009 р. ТОВ «Віва» виплатило штраф у розмірі 300 тис. грн за виробництво та реалізацію цукерок «Extaza» і «Місячний Рафаель» в упаковці, яка за своїм дизайном була дуже схожою до солодощів «Raffaello». У 2010 р. АМКУ знову виявив та припинив акт недобросовісної конкуренції ТОВ «Віва» стосовно італійської корпорації [2].

2.4.2 Способи судового захисту

Законодавством України передбачено також способи судового захисту права інтелектуальної власності на торговельні знаки. Саме тому у 2017 р. компанія Soremartec Italia-Gruppo Ferrero вже захищала свої права у суді. Цього разу компанія подала позов проти власника магазину під назвою «Raffaello», оскільки відповідач використав у назві їхню торговельну марку, копіюючи позначення у графічному відношенні: позначення виконане таким же оригінальним шрифтом та кольором, що й елемент торговельної марки; позначення «Raffaello» на вивісці магазину супроводжувалося декоративним елементом вивіски – округлою візерунковою рамкою золотистого кольору, що нагадувало візерункову овальну рамку золотистого кольору у торговельній марці. Відповідач посилався на те, що він не є конкурентом компанії, оскільки не виробляє схожі солодощі, а лише реалізовує оригінальну продукцію. Господарський суд Миколаївської області повністю задовольнив позов, зобов'язуючи відповідача припинити використання

позначення, схожого настільки, що його можна сплутати із торговельними марками, зокрема, припинити його застосування у діловій документації, під час пропонування та надання послуг із продажу та реалізації кондитерських виробів, застосування на вивісці, у тому числі зобов'язати фізичну особу – підприємця демонтувати вивіску магазину [19].

Дана справа є яскравим прикладом використання такого способу судового захисту, передбаченого ст. 16 Цивільного кодексу [20] та ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», як припинення дії, яка порушує право.

Господарський суд Одеської області, розглянувши справу за позовом ТОВ «ОНИСС» до ТОВ «Одесспродукткомплекс», ТОВ «Хаме УК Трейд», повністю задовольнив позов та зобов'язав відповідачів припинити недобросовісну конкуренцію відносно ТОВ «ОНИСС». Конкретно було заборонено використовувати при виробництві товарів та введенні їх в цивільний оборот етикетки для м'ясних консервів, які за кольоровою гамою, розташуванням написів (назва продукту, вказівки на склад продукту, на товарну підгрупу продукту) та шрифтовою графікою схожі з етикетками позивача. Суд також постановив вилучити у недобросовісних конкурентів етикетки, схожі з етикетками позивача, та зобов'язав відповідачів вилучити з цивільного обороту товари, що оформлені етикетками, схожими з етикетками позивача, та змінити етикетки товарів на такі, що не будуть схожі з етикетками, що використовуються позивачем, і не будуть викликати плутанину та змішування з товарами позивача [21].

Як бачимо, в даній справі позивач використав декілька способів судового захисту: припинення дії, яка порушує право, та відновлення становища, яке існувало до порушення. Інколи позивач вдається лише до першого способу захисту, не знаючи про можливість відновлення свого становища, яке існувало до порушення, а суд, у свою чергу, діє в межах позовних вимог. Судова практика показує, що можливо зобов'язати недобросовісного суб'єкта господарювання не лише знищити вироблені зображення, але й вилучити з цивільного обігу товари, які містять такі позначення. А це право прямо передбачено в ст. 25 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». У разі визнання вчинення порушень, передбачених статтями 4 і 6 цього Закону, органи АМКУ або особи, права яких порушені, мають право звернутися до суду із позовом про вилучення відповідних товарів із неправомірно використаним позначенням, копій виробів іншого суб'єкта господарювання і у виробника, і у продавця [13]. На нашу думку, доцільно додати положення даної норми в ч. 2 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг».

Цікавим та найбільш поширеним способом захисту інтелектуальної власності на торговельну марку є відшкодування шкоди. Вивчаючи питання, про яке саме відшкодування шкоди іде мова, були проаналізовані положення Господарського кодексу України, Цивільного кодексу України та судова практика.

У п. 1 ст. 225 Господарського кодексу України визначається склад збитків, а саме: до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються:

- додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною;
- неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною;
- матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом [14].

У справі за позовом ТОВ «Бізнес Вин» позивачу вдалося довести, що відповідач – ЗАТ «Ізмаїльський Винзавод» – не мав будь-яких правових підстав для використання упакування для вина з елементами, подібними до елементів, використаних для схожого за призначенням упакування ТОВ «Бізнес Вин», а тому дії відповідача, які полягають у використанні під час виробництва алкогольної продукції упаковки («Пюр-Пак»), зовнішній вигляд якої з розташуванням позначень та кольоровою гамою схожий до ступеня змішування з продукцією ТОВ «Бізнес Вин», є порушенням, передбаченим ст. 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у вигляді неправомірного використання оформлення упаковки товару. Господарський суд Одеської області присудив на користь позивача 2 355 706,08 грн неодержаного прибутку (втраченої вигоди) [22].

Відомо чимало випадків, які свідчать про сприятливу позицію Європейського суду щодо присудження справедливої сатисфакції (зокрема, відшкодування моральної шкоди) при порушенні авторських прав [23], а тому є всі шанси на позитивну практику вирішення спорів про захист ділової репутації та присудження матеріальної компенсації моральної шкоди також і юридичним особам.

Українська судова практика не знає випадків присудження обґрунтованої матеріальної компенсації моральної шкоди за виробництво та реалізацію продукції під імітаційною торговельною маркою. Однак, як уже було зазначено, такий вид відшкодування збитків прямо передбачений законодавством України. Українські суди поки що успішно реалізують практику встановлення морального відшкодування фізичним особам за порушення їхніх авторських прав. Проте це не означає, що практику неможливо змінити. Існує законодавчий механізм, який підлягає застосуванню. Самостійно суд не зможе встановити необхідну суму, але для цього проводиться судова експертиза з визначення моральної шкоди. Основним фактором, який впливає на позитивне чи негативне рішення, є стратегія доказування та безпосередньо докази наявності моральної шкоди.

2.5 Значення способів захисту права інтелектуальної власності на товарний знак

Паразитичне використання відомих торговельних марок (цілковите копіювання чи часткова імітація) є фактом порушення права інтелектуальної власності на знаки для товарів і послуг. Незаконність таких дій передбачена законами України «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», «Про захист економічної конкуренції», а також права власника свідоцтва охороняються міжнародно-правовими актами, зокрема Паризькою конвенцією про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. [10]. Торговельні знаки перебувають під сильною правовою охороною, оскільки їх неправомірне використання сприяє розповсюдженню на ринку незаконних товарів, що не відповідають належному рівню якості імітованої продукції, а тому негативно впливають на репутацію відомих брендів. Такі явища в економіці є негативними, а тому їх необхідно попереджати, а також використовувати ефективні механізми захисту прав.

Вивчення різноманітних способів захисту, які не забороняються національним законодавством, сприяє частішому й ширшому їх застосуванню і, відповідно, розвитку судової практики. У свою чергу, це забезпечує можливість добросовісним суб'єктам господарювання захистити свої порушені права інтелектуальної власності в найбільш повному обсязі. Позивачам не варто обмежувати себе лише одним способом захисту, якщо він володіє належними та допустимими доказами і може довести правильність своєї позиції. Відсутність усталеної судової практики, наприклад, невелика кількість рішень про призначення моральної компенсації або незначне її матеріальне вираження, стає, звісно, перешкодою в задоволенні такої позовної вимоги судом. Проте за допомогою правильної стратегії доказування все можна змінити, адже саме завдяки таким позивачам дану практику можна з роками сформулювати. А формування практики на користь позивача згодом стане превентивним заходом щодо актів недобросовісної конкуренції, зокрема і паразитичного використання (імітації) відомих знаків для товарів і послуг.

ВИСНОВКИ

Отже, в ході дослідження було вивчено акти паразитичного маркетингу як недобросовісної конкуренції, з'ясовано, як визначаються паразитичні форми торговельних марок у законодавстві та наслідки такої діяльності для добросовісного суб'єкта господарювання, що володіє певним рівнем ділової репутації. Охарактеризовано дефініцію «ризик змішування» та спосіб його встановлення в ході розгляду конкретної справи. Виявлено недоліки законодавства стосовно невідзначеності поняття «посягання» на права власника свідоцтва на товарний знак. У контексті гармонізації національного і європейського законодавства запропоновано запозичити нормативні положення ЄС щодо підстав, до яких позивач

може звернутися при захисті своїх порушених прав, однак без обмеження дій позивача.

У роботі висвітлено усі можливі способи захисту порушеного права інтелектуальної власності шляхом паразитичного використання торговельних марок, які український законодавець надає добросовісним суб'єктам господарювання для забезпечення правомірної здорової конкуренції на ринку, припинення незаконного розповсюдження продукції фірм, які використовують ділову репутацію відомих брендів. Законодавство України передбачає можливість позасудового захисту порушеного права інтелектуальної власності шляхом звернення до АМКУ з метою визнання факту недобросовісної конкуренції та припинення такої діяльності, накладення штрафів та конфіскації товарів з неправомірно використаним позначенням, а також такі способи судового захисту права інтелектуальної власності на торговельні знаки:

- визнання права інтелектуальної власності;
- припинення дії, яка порушує право;
- відновлення становища, яке існувало до порушення;
- відшкодування збитків.

Судова практика йде шляхом включення до збитків неодержаного прибутку (упущеної вигоди) суб'єкта господарювання та додаткових витрат (штрафних санкцій, вартості додаткових робіт тощо). Однак законодавством України передбачено можливість матеріальної компенсації моральної шкоди. Отже, даний спосіб захисту підлягає застосуванню судами і може стати ефективним методом запобігання виникненню фактів недобросовісної конкуренції.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Коваленко Т. Торговельна марка і авторське право / Т. Коваленко // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2016. – № 4. – С. 51–58.
- [2] Степаненко С. В. Управління торговельними марками: боротьба з паразитизмом / С. В. Степаненко // Журнал європейської економіки. – 2014. – Vol. 13. – № 1. – С. 80–93.
- [3] Земцова І. О. Недобросовісна конкуренція: причини, наслідки та шляхи їх вирішення / І. О. Земцова // Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика. – 2012. – № 2. – С. 95–103.
- [4] Weatherall K. The consumer as the empirical measure of trade mark law / K. Weatherall // *Modern Law Review*. – 2017. – Vol. 80. – № 1. – P. 57–87.
- [5] Рассомахіна О. А. Особливості охорони торговельних марок за законодавством Європейського Союзу та держав-членів ЄС / О. А. Рассомахіна // Юридична Україна. – 2013. – № 2. – С. 50–53.
- [6] Андрощук Г. О. Експертиза у справах про недобросовісну конкуренцію: дії, що спричиняють змішування (теорія та практика судової експертизи) / Г. О. Андрощук // Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика. – 2012. – № 2. – С. 60–95.
- [7] Герц А. А. Порівняльне право про торговельні марки / А. А. Герц. – Харків : Міле-ніум, 2010. – 112 с.

- [8] Schubert T. Infringement of intellectual property in innovation partnerships / T. Schubert // *R&D Management*. – 2015. – Vol. 46. – No S2. – P. 596–611.
- [9] McDonagh L. From brand performance to consumer performativity: Assessing European trade mark law after the rise of anthropological marketing / L. McDonagh // *Journal of law and society*. – 2015. – Vol. 42. – No 4. – P. 611–636.
- [10] Паризька конвенція про охорону промислової власності [Електронний ресурс] : Міжнародний документ від 20.03.1883 / Ліга націй. – 1883. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_123.
- [11] Директива No 2008/95/EC Європейського Парламенту і Ради «О зближенні законодавств держав-членів в отношении товарних знаків і знаків обслуговування» [Електронний ресурс] / Європейський Союз. – 2008. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_930.
- [12] Про охорону прав на знаки для товарів і послуг [Електронний ресурс] : Закон від 15.12.1993 № 3689-XII / Верховна Рада України. – 1994. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>.
- [13] Про захист від недобросовісної конкуренції [Електронний ресурс] : Закон від 07.06.1996 № 236/96-ВР / Верховна Рада України. – 1996. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80>.
- [14] Господарський кодекс України [Електронний ресурс] : Кодекс від 16.01.2003 № 436-IV / Верховна Рада України. – 2003. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
- [15] Про затвердження Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг [Електронний ресурс] : Наказ № 116 від 28.07.1995 / Держпатент України. – 1995. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0276-95>
- [16] Chain R. Design knowledge protection of design process orientation and law object orientation / R. Chain // *Knowledge and process management*. – 2015. – Vol. 22. – No 1. – P. 41–50.
- [17] Про Антимонопольний комітет України [Електронний ресурс] : Закон від 26.11.1993 № 3659-12 / Верховна Рада України. – 1993. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3659-12>.
- [18] Жухевич О. Про практику вирішення спорів, пов'язаних з захистом прав на торговельні марки / О. Жухевич // *Інтелектуальна власність*. – 2010. – № 7. – С. 28–32.
- [19] Справа № 915/57/17 [Електронний ресурс] : Рішення від 02.03.2017 / Господарський суд Миколаївської області. – 2017. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65164202>.
- [20] Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] : Кодекс від 16.01.2003 № 435-15 / Верховна Рада України. – 2003. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
- [21] Справа № 27/81-10-2751 [Електронний ресурс] : Рішення від 06.09.2010 / Господарський суд Одеської області. – 2010. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11449992>.
- [22] Справа № 22/182-09-5014 [Електронний ресурс] : Рішення від 06.11.2009 / Господарський суд Одеської області. – 2009. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6784241>.
- [23] Favale M. Is there a EU copyright jurisprudence? An empirical analysis of the workings of the European Court of Justice/ M. Favale, M. Kretschmer, P. Torremans // *Modern law review*. – 2016. – Vol. 79. – No 1. – P. 31–75.

REFERENCES

- [1] Kovalenko, T. (2016). Trademark and copyright. *Theory and Practice of Intellectual Property*, 4, 51–58.
- [2] Stepanenko, S. V. (2014). Trademark management: Fighting parasitism. *Journal of the European Economy*, 13(1), 80–93.
- [3] Zemtsova, I. O. (2012). Unfair competition: Causes, consequences and ways to solve them. *Forensic Examination of Intellectual Property Objects: Theory and Practice*, 2, 95–103.
- [4] Weatherall, K. (2017). The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law. *Modern Law Review*, 80(1), 57–87.
- [5] Rassomahina, O. A. (2013). Features of the protection of trademarks according to the legislation of the European Union and the EU member states. *Legal Ukraine*, 2, 50–53.
- [6] Androshchuk, G. O. (2012). Expertise in cases of unfair competition: Actions leading to confusion (theory and practice of forensic examination). *Forensic Examination of Intellectual Property Objects: Theory and Practice*, 2, 60–95.
- [7] Hertz, A. A. (2010). *Comparative trademark law*. Kharkiv: Millennium.
- [8] Schubert, T. (2015). Infringement of intellectual property in innovation partnerships. *R&D Management*, 46(S2), 596–611.
- [9] McDonagh, L. (2015). From brand performance to consumer performativity: Assessing European trade mark law after the rise of anthropological marketing. *Journal of law and society*, 42(4), 611–636.
- [10] Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1871). Retrieved from http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_123
- [11] Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council (2008, October). *To approximate the laws of the Member States relating to trade marks*. Retrieved from http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_930
- [12] Verkhovna Rada of Ukraine. (1993, December). *On the protection of rights to trademarks for goods and services*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>
- [13] Verkhovna Rada of Ukraine. (1996, June). *On protection from unfair competition*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80>
- [14] Verkhovna Rada of Ukraine. (2003, January). *The Economic Code of Ukraine*. Retrieved from <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
- [15] State patent of Ukraine. (1995, July). *On approval of the Rules for the compilation and submission of an application for the issuance of a certificate of Ukraine for a sign for goods and services*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0276-95>
- [16] Chain, R. (2015). Design knowledge protection of design process orientation and law object orientation. *Knowledge and Process Management*, 22(1), 41–50.
- [17] Verkhovna Rada of Ukraine. (1993, November). About the Antimonopoly Committee of Ukraine. Retrieved from <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3659-12>
- [18] Zhukhevych, O. (2010). About the practice of resolving disputes related to the protection of trademark rights. *Intellectual Property*, 7, 28–32.
- [19] Commercial Court of the Mykolaiv region. (2017, March). *Case No. 915/57/17*. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65164202>
- [20] Verkhovna Rada of Ukraine. (2003, January). *The Civil Code of Ukraine*. Retrieved from <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- [21] Commercial Court of the Odessa region. (2010, September). *Case No. 27/81-10-2751*. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11449992>

- [22] Commercial Court of the Odessa region. (2009, November). *Case number 22/182-09-5014*. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6784241>
- [23] Favale, M., Kretschmer, M., & Torremans, P. (2016). Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice. *Modern Law Review*, 79(1), 31–75.

Юлія Василівна Богач

Студентка 4 курсу

Кафедра фінансового права

Київський національний університету імені Тараса Шевченка

01033, вулиця Володимирська, 60, Київ, Україна

Юлія Васильевна Богач

Студентка 4 курса

Кафедра финансового права

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко

01033, улица Владимирская, 60, Киев, Украина

Yuliia V. Bohach

4th year student

Finance Law Department

Taras Shevchenko National University of Kyiv

01033, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Богач Ю. В. Способи захисту торговельних марок від «паразитичного» використання / Ю. В. Богач // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 13–28.

Suggested Citation: Bohach, Y. (2018). Protection means of trademarks in ambush marketing cases. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 13–28.

Стаття надійшла / Submitted: 15/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 12/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 18/03/2018

Андрій Богданович Гриняк, Мар'яна Дмитрівна Пленюк

Відділ проблем договірної права
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України
Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА РИЗИКУ В ДОГОВОРАХ З ВИКОНАННЯ РОБІТ

Анотація. *Актуальність заявленої у статті проблеми обумовлена тим, що ризик у підрядних правовідносинах має суб'єктивно-об'єктивну природу, оскільки містить у собі як об'єктивні, так і суб'єктивні моменти. Ризик розглядається як можливість свідомого вибору особою певного варіанту поведінки з урахуванням об'єктивної та невідвортної небезпеки, яка загрожує цивільним правам та інтересам, та можливих наслідків ймовірного характеру. Мета статті полягає у виявленні та розробці наукових підходів щодо правової природи ризиків у договорах підряду як на основі імперативного методу, так і за домовленістю сторін. Провідним методом дослідження означеної проблематики є метод моделювання, за допомогою якого розглянуто наукову проблему розподілу ризиків у підрядних договорах як організований і цілеспрямований процес вдосконалення та формування нових наукових концепцій у сфері підрядних відносин, необхідних для належного виконання підрядних зобов'язань. Представлені наукові ідеї авторів в умовах сучасного розвитку цивільних відносин включають у себе цільовий, методологічний, змістовний, організаційно-правовий та результативний компоненти. Основні ідеї слугують як для вдосконалення механізму правового регулювання підрядних відносин в цілому, так і для усвідомлення відповідальності контрагентів договору підряду.*

Ключові слова: договори підряду, контрагенти, підрядник, замовник, домовленість, зобов'язальні відносини.

Андрей Богданович Гриняк, Марьяна Дмитриевна Пленюк

Отдел проблем договорного права
Научно-исследовательский институт частного права и предпринимательства
имени академика Ф. Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины
Киев, Украина

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА РИСКА В ДОГОВОРАХ ПО ВЫПОЛНЕНИЮ РАБОТ

Аннотация. *Актуальность заявленной в статье проблемы обусловлена тем, что риск в подрядных правоотношениях имеет субъективно-объективную природу, поскольку включает в себя как объективные, так и субъективные моменты. Риск рассматривается как возможность сознательного выбора лицом определенного варианта поведения с учетом объективной и неотвратимой опасности, которая угрожает гражданским правам и интересам, и возможных последствий вероятностного характера. Цель статьи заключается в выявлении и разработке научных подходов относительно правовой при-*

роды рисков в договорах подряда как на основе императивного метода, так и по договоренности сторон. Ведущим методом исследования обозначенной проблематики является метод моделирования, с помощью которого рассмотрена научная проблема распределения рисков в подрядных договорах как организованный и целенаправленный процесс совершенствования и формирования новых научных концепций в сфере подрядных отношений, необходимых для надлежащего выполнения подрядных обязательств. Представленные научные идеи авторов в условиях современного развития гражданских отношений включают в себя целевой, методологический, содержательный, организационно-правовой и результативный компоненты. Основные идеи служат как для совершенствования механизма правового регулирования подрядных отношений в целом, так и для осознания ответственности контрагентов договора подряда.

Ключевые слова: договоры подряда, контрагенты, подрядчик, заказчик, договоренность, обязательственные отношения.

Andriy B. Grinyak, Maryana D. Plenyuk

*Department of Problems of Contractual Law
Research Institute of Private Law and Entrepreneurship
named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kyiv, Ukraine*

THE LEGAL NATURE OF RISK IN CONTRACT WORK

Abstract. *The topicality of the stated in the article problem is determined with the risk in contracting legal relations and has a subjective-objective nature, since it includes both objective and subjective factors. The risk is regarded as a person's ability to make a conscious choice of a particular variant of behavior; taking into account the objective and inevitable danger that threatens civil rights and interests, and the possible consequences of a probable nature. The object of the paper lies in identifying and developing scientific approaches to the legal nature of risks in contract agreements based on an imperative method as well as by agreement between the parties. The leading method of research an outlined perspective is a modeling technique by which the scientific problem of risk sharing in contract agreements is regarded as an organized and purposeful process of improvement and formation of new scientific concepts in the field of contract relationships necessary for the effective fulfillment of contractual obligations. Presented scientific ideas of authors within the conditions of modern development of civil relations includes target, methodological, informative, organizational legal and productive components. The primary ideas serve to improve the mechanism of legal regulation of contract relations in general as well as to realize the responsibility of counterparties of contract agreement.*

Keywords: contract agreements, counterparties, contractor, customer, agreement, obligatory relations.

ВСТУП

Важливість наукового розвитку та формування підходів щодо поняття та розподілу ризиків у договорах підяду викликана необхідністю врахування позитивного іноземного досвіду та досвіду світової спільноти, що є основою для подальшого успіху на етапі адаптації приватного права України до права Європейського Со-

йозу, пов'язаних із підписанням Україною Угоди про асоціацію з Європейським Союзом. Договір передбачає певні обов'язки перед особами, які його укладають та надає їм відповідні права. Виконання робіт на свій ризик є однією з типових особливостей договору підряду. Ризик являє собою несення несприятливих наслідків, які можуть наступити і за які не відповідають ані сторони, ані треті особи.

Важливість регулювання підрядних відносин прямо передбачена у законодавчих актах, серед яких – Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) [1]. Однак, зважаючи на диспозитивність норм, сьогодні існує й потреба у переосмисленні підходів щодо правової природи ризиків у підрядних правовідносинах. Саме тому актуальним на сьогодні є необхідність вивчення нових доктринальних думок та підходів щодо регулювання підрядних відносин, які лежать в основі комплексних наукових авторських доробок, а також ризиків у договірному праві.

Відповідно до законодавства підрядник у договорі підряду виконує роботу на власний ризик, і, якщо інше не встановлено договором, своїм коштом, тобто із власного матеріалу і власними засобами. Таким чином, характерною ознакою договору підряду є його алеаторність – робота виконується на власний ризик підрядника. Ризик випадкового знищення результату роботи теж несе підрядник, тобто до моменту його передачі він знаходиться у невідповідному становищі (ч. 1 ст. 855 ЦК України) [1]. Отже, при правовому регулюванні підрядних відносин законодавець питання ризику випадкового знищення результату роботи вирішує в імперативному порядку [2].

Оскільки підрядник виконує роботу на власний ризик, то він повинен повністю відповідати за якість робіт, які прописані у договорі. За умов виконання роботи підрядником з відступами від умов договору підряду, замовник має право вимагати від підрядника усунення недоліків, пропорційного зменшення ціни.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Для детального аналізу правових ризиків у договорах з виконання робіт авторами використовувались різноманітні теоретичні методи, проаналізовано літературні джерела та нормативні акти. У роботі використано метод моделювання. Даний метод дозволив описати структуру об'єкта, процеси його функціонування і розвитку. Для моделі відтворено властивості, зв'язки, особливості досліджуваних систем і процесів, що дозволило оцінити їх стан.

Проаналізувавши літературні джерела, було встановлено, що теоретичні положення щодо ризиків у договірному праві отримали власне емпіричне втілення в законодавстві багатьох країн світу. Виявлено, що на початку ХХІ ст. у нашому суспільстві відбулася світоглядна переоцінка цінностей суспільного життя. Потреба у переосмисленні радянської концепції правового регулювання підрядних відносин, що сформувалась за часів командно-адміністративної системи управління, для України стала викликом часу. Підписання Угоди про асоціацію між

Україною та Європейським Союзом (далі – ЄС) і, як наслідок, зміна економічних векторів розвитку нашої держави мають глибокий вплив на формування нових підходів до регулювання сучасних підрядних відносин. Усі інтеграційні процеси, що відбуваються в нашій державі, вимагають урахування позитивного іноземного досвіду під час розробки як загальнотеоретичних підходів, так і практичних аспектів правового забезпечення функціонування підрядних відносин. Успіх вирішення цих завдань на сучасному етапі залежить від рівня розвитку цивільного законодавства України з урахуванням сучасних тенденцій розвитку приватного права Європи та інших країн світу.

Дослідження проблем правового та договірного регулювання стало однією з потреб сьогодення для України, адже втілення правових ідей громадянського суспільства, складовою частиною якого є ринкова економіка, розширення ядра правового масиву зобов'язального права, яке у системі приватного права завжди виконує роль своєрідної «робочої» сили, зумовлюють підвищену увагу не лише до договірних конструкцій, що пройшли шлях розвитку від римського приватного права до сучасного європейського права, а й безумовно ризиків у підрядних правовідносинах у теоретичній площині.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ДИСКУСІЯ

2.1 Основи формування категорії «ризик»

Питання розподілу ризиків викликає увагу на доктринальному рівні, оскільки використовується в різних його значеннях. Категорія ризику належить до найменш досліджених питань у системі цивільного права. І це не дивно, зважаючи на те, що наша держава досить довго перебувала під впливом соціалістичної системи управління економікою, для якої характерною була боротьба з усім приватним. Сьогодні ж ми маємо змогу спостерігати відхід від командно-адміністративної до ринкової системи управління економікою, що не може не викликати інтерес до дослідження категорії ризику як в суспільній площині, так і в площині здійснення цивільних прав окремими суб'єктами. Так, ліберальне суспільство, основною умовою існування якого є ринкова економіка (у тій чи іншій формі), характеризується, як підмічає В. М. Танаєв, персоноцентристським правовим статусом особистості, що включає в себе, поряд з іншими правами і свободами, право приватної власності і свободу підприємницької діяльності. Таким чином, категорія економічного ризику, що є ядром вільного економічного розвитку, активно проникає в право, і аналіз її набуває особливо актуального значення.

Посилення диспозитивних засад у регулюванні відносин, пов'язаних з комерційним ризиком, поява нових і ускладнення існуючих видів діяльності, пов'язаних із професійним ризиком або з підвищеною небезпекою для оточуючих, обумовлює додаткову актуальність і підвищений інтерес як науковців, так і практиків щодо правової природи ризику. Так, сучасна наука цивільного права

недостатньо приділяє увагу системним дослідженням питань цивільно-правової природи правового поняття ризику, що не сприяє адекватному нормативному регулюванню та формуванню практики, пов'язаної з настанням цивільно-правової відповідальності та виконанням договірних зобов'язань [3]. Так, серед юридичних категорій поняття «ризик» є надзвичайно багатограним, оскільки використовується як у побуті, так і в понятійному апараті ряду наук [4].

Виходячи із цього, зрозуміло, що особа здійснює свої суб'єктивні цивільні права в межах чинного законодавства на власний розсуд, іншими словами, на власний «страх» та ризик. Здійснюючи свої суб'єктивні цивільні права, учасники підрядних правовідносин без будь-якого стороннього впливу і можливого тиску обирають варіанти дозволеної поведінки, які полягають у реалізації належних їм повноважень, що становлять відповідне суб'єктивне право.

У Стародавньому Римі категорія «ризик» (*periculum*) використовувалася в приватному праві [5]. Так, римські юристи пов'язували зв'язок договору підряду з ризиком. З огляду на оплату замовником лише результату роботи, а не процесу її здійснення, впливало, що ризик випадкового пошкодження або втрати предмета договору підряду лежить на підряднику [6]. У ті часи неоднозначно висловлювалися думки про межі несення ризику підрядником. Так, одні дослідники схилялись до абсолютної відповідальності підрядника за результат робіт, інші – обмежували відповідальність підрядника за загибель результату робіт. Наприклад, Флорентин говорив, що «предмет підряду знаходиться на ризику підрядника, поки виконана ним робота не схвалена». Під «схваленням робіт» видається можливим розуміти прийняття роботи замовником і подальшу її оплату. Якщо результат робіт гинув внаслідок непереборної сили раніше його схвалення замовником, ризик втрати і пов'язані з ним наслідки переходили до замовника, якщо інше не передбачено договором [7].

У сучасному зарубіжному законодавстві «ризик» відіграє важливе значення. Так, наприклад, § 1286 Цивільного уложення ФРН передбачає обов'язок розірвання договору в разі ризику стягнення, а у французькому Цивільному кодексі міститься положення про «ризикові договори», яким присвячений повністю титул XII Кодексу [8].

2.2 Своєрідність розподілу ризиків

Необхідно зазначити, що питання розподілу ризиків є доволі цікавим та таким, що широко використовується в різних його значеннях. Ризик у цивільному праві – це несприятливі наслідки, які можуть наступити і за які не відповідають ані сторони, ані треті особи. Слід зазначити, що основні підходи до питання правової природи ризику у науці цивільного права поділяються на три однорідні групи концепцій: 1) суб'єктивного; 2) об'єктивного; 3) суб'єктивно-об'єктивного ризику.

В об'єктивному (пасивному) значенні ризик – це загроза виникнення негативних наслідків майнового або немайнового характеру, причому зміст ризи-

ку пов'язується з можливістю нанесення шкоди певним благам та інтересам, тому ризик існує незалежно від того, усвідомлюють люди його наявність чи ні, враховують чи ігнорують його [9]. У суб'єктивному (активному) значенні – це усвідомлення особою можливого виникнення шкоди внаслідок здійснення нею правомірних дій, спрямованих на досягнення корисного результату. Суб'єктивно-об'єктивна сторона ризику (як складної категорії) визначається тим, що ризик породжується процесами як суб'єктивного характеру, так і тими, що не залежать від волі чи свідомості людини.

Питання, що стосуються ризику, досліджувалися у працях вчених як радянського періоду, так і сучасності. Слід зазначити, що ще з радянських часів не припиняються дискусії щодо значення ризику для цивільного права. Одні вчені приписували ризику загальне значення для всієї галузі, інші – застосовували лише до відповідальності. Так, В. А. Ойгензіхт висловлювався за приналежність ризику до інституту деліктної відповідальності. Він розглядав ризик як суб'єктивну категорію, яка існує паралельно з виною, однак може проявлятися і спільно з нею як психічне відношення суб'єктів до результату власних дій чи дій інших осіб, а також до результату об'єктивно-випадкових чи випадково-неможливих дій суб'єктів (подій), що виражається у свідомому допущенні негативних, у тому числі невідшкодованих, наслідків. Відповідно до цього особа завжди має можливість передбачити несприятливі наслідки подій або дій інших осіб та запобігти їх настанню. Концепція суб'єктивного ризику, що знайшла обґрунтування в працях В. А. Ойгензіхта і С. М. Братуся, була підтримана й іншими дослідниками [10].

Однак зазначена концепція залишає без відповіді такі запитання: чим поняття ризику, запропоноване В. А. Ойгензіхтом, відрізняється від поняття вини, особливо щодо психічного ставлення особи до власних дій, та чи має місце ризик, якщо існує велика ймовірність настання несприятливих наслідків внаслідок непереборної сили, запобігти яким дуже важко або практично неможливо? Не давши відповіді на ці питання, навряд чи можна беззастережно погодитись із прихильниками так званої суб'єктивної концепції ризику [9].

Не погоджуючись із наведеним визначенням, М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський зазначають, що ризик – це все ж таки об'єктивна категорія, суть якої полягає в можливості настання невігідних наслідків, тобто ризик, як правило, не залежить від поведінки осіб. А поведінка осіб з урахуванням можливості настання відповідних обставин все ж являє собою відношення до ризику, але не сам ризик [11].

Сутність концепції об'єктивного ризику полягає в тому, що ризиком визнається об'єктивна і невідворотна небезпека у вигляді нормативно закріпленої ймовірності настання певних негативних наслідків і нанесення шкоди благам та інтересам (наприклад, настання підстав для виконання обов'язку з відшкодування шкоди) [12]. При цьому критика концепції суб'єктивного ризику заснована на

тезі про те, що ризик є ймовірною шкодою, об'єктивною можливістю нанесення шкоди певним благам та інтересам, а суб'єктивною категорією є його передбачення.

Варто зазначити, що саме таке розуміння ризику є доволі поширеним у теорії цивільного права, оскільки, по-перше, таке розуміння ризику можна застосувати не лише до договорів підряду, а й до багатьох інших договірних конструкцій. По-друге, віднесення ризику до об'єктивної категорії виправдане обмеженою здатністю людини в запобіганні наслідкам дії непереборної сили. І нарешті, вживання поняття «ставлення до ризику» надає змогу провести межу між об'єктивним і суб'єктивним в теорії ризику.

Концепції суб'єктивного і об'єктивного ризику, безумовно, мають право на існування. Однак кожна з них певною мірою односторонньо висвітлює ризик, який дійсно одночасно поєднує в собі елементи суб'єктивної і об'єктивної категорії. Саме з цих позицій в юридичній літературі обґрунтовано компромісну за своїм характером концепцію двоаспектного (двосекторного) ризику, яка поєднує в собі дві наведені вище концепції (суб'єктивного і об'єктивного ризику), оскільки ризик пов'язаний із суб'єктивним вибором певних альтернатив, а даний вибір призводить до об'єктивно ризикованого результату, що дає можливість найбільш системно і всебічно розкрити правову сутність цієї категорії [13].

Прихильники двоаспектного розуміння ризику виходять з тези про неприпустимість одностороннього підходу в розумінні ризику, що одночасно стосується прихильників обох концепцій (суб'єктивного та об'єктивного ризику). Є. О. Харитонов справедливо вважає, що введення В. А. Ойгензіхтом диференціації ризику на «активний» і «пасивний» є фактичним визнанням неприпустимості розуміння ризику лише в одному аспекті [14]. При цьому вчений не виключає можливості використання і такої термінології, але вважає, що «пасивний» ризик – це вже ризик об'єктивний, який знаходиться в одній площині з відповідальністю. Саме двоаспектність сприйняття ризику прослідковується у розумінні Н. С. Кузнецової, яка вважає, що ризик полягає у технічному регулюванні, однак не зводиться до одного із елементів волі, оскільки центральним у цьому процесі регулювання виступає вибір. Особливість, як зазначає вчена, полягає у тому, що виключається абсолютна визначеність, тобто впевненість у позитивному результаті, зусилля спрямовуються на досягнення позитивного результату. Але специфічним для вольового процесу при ризику є вибір і прийняття рішення з урахуванням наявності ризикових альтернатив: можливої невдачі, негативних, небажаних наслідків; лише ймовірність досягнення результату, причому невивзначеність не зупиняє регулятивний процес [15].

Отже, неприпустимість одноаспектної оцінки суті ризику зумовлена загальноновизнаним у доктрині поділом ризику на активний (суб'єктивний) і пасивний (об'єктивний) за характером (відношенням особи до результатів своїх дій). Активний (суб'єктивний) ризик пов'язаний із можливістю припущення настання

небажаних результатів у невизначених умовах. Пасивний ризик полягає в нормативно-визначеній моделі зв'язку негативних (чи інших небажаних) результатів, що не залежать від будь-яких суб'єктивних підстав. Зміст пасивного ризику становить можливість виникнення обов'язку боржника повернути борг з підстав, які виникли незалежно від волі сторін. Наприклад, об'єктивною є можливість виникнення обов'язку підрядника повернути отриманий аванс за договором у випадку неможливості виконання робіт або коли відпала потреба у їх виконанні.

У зв'язку з цим ризик слід розглядати в діалектичній єдності об'єктивного і суб'єктивного як специфічний елемент діяльності в умовах невизначеності і неминучого вибору. Ризик має суб'єктивно-об'єктивну природу, оскільки містить у собі як об'єктивні, так і суб'єктивні моменти, у зв'язку з цим має розглядатися як можливість свідомого вибору особою певного варіанта поведінки з урахуванням об'єктивної та невідвратної небезпеки, яка загрожує цивільним правам та інтересам, та можливих наслідків ймовірного характеру.

Саме такий підхід щодо поняття ризику, на нашу думку, надає змогу використовувати його у підрядних відносинах. Однак необхідно зазначити, що стосовно договору підряду поняття ризику дещо звужується. І це, насамперед, стосується підрядника, за межами ризику якого знаходиться вина замовника.

2.3 Поняття груп ризиків

Як убачається із низки статей ЦК України, ризик як правова категорія отримує нормативну конкретизацію як поняття та інститут на нормативному рівні (ризик підприємництва, страховий ризик, ризик у підрядних відносинах тощо). Тобто цілком сміливо можна припустити існування окремих груп «ризиків» при здійсненні особами суб'єктивних цивільних прав. Так, ризик в юридичній літературі почав розглядатися переважно у вигляді переліку його основних різновидів і властивих кожному з них спеціальних значень, кількість і зміст яких нерідко істотно відрізняються в працях різних авторів. Аналізуючи використання цього поняття в чинному законодавстві, констатуємо різні варіанти тлумачення цього поняття, пов'язані з: а) ризиком у підприємницькій діяльності; б) ризиком у страховій діяльності; в) зобов'язальним ризиком тощо [1].

Наведені ризики у науці цивільного права класифікуються залежно від сфери дії (джерела) небезпеки, що кваліфікується як ризик. Поділ ризиків на види може проводитися й за іншими критеріями. Так, за місцем у правовідношенні можна виділити ризик невиконання зобов'язання від «зовнішніх» обставин та алеаторний ризик настання випадку як «внутрішньої» умови зобов'язання; за характером – ризик імперативний (абсолютний) і диспозитивний (відносний); за вольовою ознакою – ризик підприємництва, ризик випадку (ризик підрядника тощо); а також ризик ігровий (штучний ризик) [16].

До групи ризику підприємництва, виходячи зі змісту ЦК України та Господарського кодексу України (далі – ГК України), належить: а) ризик підприємництва (ст. 42 ГК України); б) ризик збитків учасників товариства з обмеженою відповідальністю, пов'язаних з діяльністю ТОВ (абз. 1 ч. 1 ст. 140 ЦК України, ч. 3 ст. 80 ГК України); в) ризик збитків акціонерів, пов'язаних з діяльністю акціонерного товариства (абз. 1 ч. 2 ст. 152 ЦК України, ч. 2 ст. 80 ГК України); г) ризик збитків вкладників командитного товариства, пов'язаних із діяльністю товариства (ч. 1 ст. 133 ЦК України) [1].

Як бачимо, настання вищезазначених ризиків носить випадковий характер, однак реалізація цих властивостей пов'язана із суб'єктивним чинником, тобто з власною активністю учасників цивільних правовідносин.

Група страхових (у загальному розумінні цього поняття) ризиків включає в себе: 1) ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження майна (ст. 323 ЦК України); 2) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару (ст. 668 ЦК України); 3) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави (ст. 580 ЦК України); 4) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату безстрокової ренти (ст. 742 ЦК України); 5) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату ренти на певний строк (ст. 743 ЦК України); 6) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження речі, переданої у найм (ст. 772 ЦК України); 7) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета договору лізингу (ст. 809 ЦК України); 8) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження матеріалу, переданого для виготовлення, переробки, обробки, ремонту речі або для виконання іншої роботи з переданням її результату (статті 837, 842 ЦК України); 9) ризик підрядника щодо неможливості використання наданого ним матеріалу (деталей, конструкцій) або устаткування (ч. 2 ст. 879 ЦК України); 10) ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва (ст. 880 ЦК України) [1].

Група безпосередньо зобов'язальних ризиків поділяється на ризики забезпечувального характеру і ризики, що забезпечують безперервність правового впливу на учасників зобов'язальних правовідносин. Ризики, що забезпечують безперервність правового впливу на учасників зобов'язання, стосуються як предметної складової зобов'язання, так і договірної (зобов'язальної) складової (наприклад, ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва (ст. 880 ЦК України), де контрагенти у договірному порядку можуть визначити, на кого покладатиметься цей ризик). Причому ці ризики, будучи також страховими за своєю сутністю, компенсуються за механізмом страхування відповідальності (ст. 979 ЦК України) [1].

Отже, спільним у наведених класифікаціях юридичного ризику є те, що вони охоплюють переважно так звані алеаторні ризики, які штучно привносяться

у правовідносини. При цьому залишаються без достатньої правової уваги ризики випадкового невиконання зобов'язання, характерна ознака яких полягає в тому, що вони не входять до юридичного змісту (умов) зобов'язання. Зважаючи на це, І. В. Волосенко пропонує проводити класифікацію юридичних ризиків за двома критеріями: а) за місцем ризику в цивільному правовідношенні; б) за характером ризиків, властивих відповідній класифікаційній підгрупі. Залежно від місця ризику в зобов'язальному правовідношенні дослідниця виділяє: а) внутрішні (алеаторні) ризики або ризики зобов'язання (як юридичні умови, елемент виконання ризикових зобов'язань); б) ризики зовнішні або виконання зобов'язання (є передумовою, перешкодою виконання зобов'язання) [17].

Виходячи із запропонованої І. В. Волосенко класифікації юридичних ризиків, зобов'язальні ризики можна поділити на: а) ризики, пов'язані із невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання (ризики строку виконання, місця виконання, способу виконання, предмета виконання тощо); б) ризики, пов'язані із предметом надання (ризик невиконання грошового і майнового зобов'язання); в) ризики, пов'язані із правовими наслідками (ризик припинення зобов'язання, ризик відповідальності і звільнення від неї); г) ризики, пов'язані із видом зобов'язання (ризики з одностороннього правочину і договірною зобов'язання); г) ризики, пов'язані із суб'єктивним складом зобов'язального правовідношення (ризик невиконання зобов'язання з боку боржника або кредитора). До основних видів зобов'язального ризику пропонується відносити ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження речі і ризик зміни обставин договору [18].

У доктрині під ризиком випадкового знищення (пошкодження) майна, зазвичай, розуміють «невигодні майнові наслідки, що виникли без вини осіб, які брали участь у правовідносинах» [19], або «економіко-правові наслідки втрати матеріального блага, належного власнику, за відсутності вини власника чи іншої особи» (Дзера, 2005). Інший підхід у розумінні цього ризику передбачає його визначення як імовірності припинення існування речі (знищення речі) або її погіршення (пошкодження речі), викликаних обставинами, в існуванні або появи яких відсутня вина будь-яких фізичних та/або юридичних осіб [20].

2.4 Своєрідність правового режиму ризику

Зазвичай, настання ризику передбачає виникнення випадкових обставин, якими можуть позначатися два різних явища, заснованих на відмежуванні необхідності і випадковості: випадковий причинний зв'язок і певні наслідки дії чи події у вигляді випадку. Випадковість у причинності відрізняється від випадку як підстави невинуватості. Випадок належить до суб'єктивної сторони складу правопорушення та є антонімом винуватості і оцінюється за усвідомленням певної особи в конкретних обставинах з урахуванням загальних вимог. В сучасному цивільному праві зазначена категорія має важливе значення при вирішенні питання про притягнення неналежного боржника до відповідальності. Закон не дає

прямих визначень поняття «випадок», визначення якого доктрина формулює через принцип «від протилежного»: якщо вина – це умисел або необережність, то випадок – це все те, що не є і не охоплюється поняттям «вини».

Однак відповідальність особи, що не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання при здійсненні підприємницької діяльності, за чинним законодавством не ставиться у залежність від її вини. Так, щодо випадку невиконання або неналежного виконання зобов'язання чинним законодавством передбачено загальне правило, згідно з яким враховується лише невинуватість боржника, яка обумовлена непереборною силою.

В цілому сучасна цивілістична доктрина під випадком розуміє такі обставини (події, наслідки), які надають можливість говорити про невинність боржника, якщо невиконання обумовлено ними. Так, В. О. Тархов під випадком як підставою невинуватості розуміє «наслідки, які не охоплюються і не повинні охоплюватися передбаченням зобов'язаної особи, не можуть бути поставлені їй у вину» [21]. Тобто саме випадок слугує підставою визнання особи невинуватою в силу неможливості уникнути таких обставин, оскільки якщо б особа знала наперед про можливість настання таких випадкових обставин, то вона зобов'язана вчинити всі залежні від неї дії щодо можливості уникнення настання випадку.

В юридичній літературі всі види випадку традиційно поділяють на простий і кваліфікований у вигляді непереборної сили – форс-мажору. Відповідно до ст. 617 ЦК України особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. ЦК України виділяє непереборну силу як самостійну підставу звільнення від відповідальності, що вимагає виявлення її відмінностей від випадку [1].

На відміну від випадку, непереборна сила – зовнішня у відношенні до діяльності особи, яка порушила договірне зобов'язання чи спричинила позадоговірну шкоду, природна чи суспільна подія, що впливає на діяльність невинного правопорушника і викликає шкідливі наслідки, які не можуть бути усунені не лише зобов'язаною в цьому правопорушенні особою, а й однотипними з ним по роду та умовах діяльності особами. Таким чином, саме невідворотний характер відрізняє непереборну силу від випадку (простого) як родової підстави звільнення боржника від відповідальності.

У теорії права випадок інколи визначають через ризик як передумову виникнення такої ймовірної обставини. Особливість правового режиму ризику в ризикових зобов'язаннях, на думку І. С. Тімуш, полягає в тому, що обставини непереборної сили, інші види випадків включаються до переліку умов диспозитивно-ризикових договорів як правомірної, штучно передбаченої умови (звичайної чи випадкової), настання якої є підставою припинення зобов'язання (шляхом звільнення боржника від вчинення зворотного майнового надання), а не загальною підставою звільнення від відповідальності [22]. Так, передбачене умовами

договору підряду звільнення замовника від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання у випадку припинення фінансування об'єкта за рахунок коштів державного чи місцевого бюджетів визнається іншою, ніж форс-мажор, обставиною, що звільняє від відповідальності, однак не перетворює зазначений договір у алеаторний, оскільки вказані обставини не можуть визнаватися підставами припинення зобов'язання, бо у випадку відновлення фінансування об'єкта за рахунок бюджетних коштів відновлюється обов'язок сторони із зустрічного виконання зобов'язання.

Заслуговує на увагу висловлена у юридичній літературі теза про те, що знищення (пошкодження) майна вважатиметься випадковим, якщо виключатиметься можливість притягнення тієї чи іншої сторони до цивільної відповідальності. За таких умов ризик виконує основну покладену на нього функцію – функцію локалізації випадкових збитків. За наявності можливості притягнення до відповідальності питання про ризик випадкової загибелі (пошкодження) майна не виникає, а якщо відповідальність настає незалежно від вини, категорія ризику використовується вже не у зв'язку з вирішенням питання локалізації випадкових збитків, а для цілей суб'єктивного обґрунтування такої відповідальності і виступає як альтернатива вині.

Так, до господарського суду Донецької області звернулося ТОВ «Ф» з позовом про визнання договору підряду від 07.07.2006 р., укладеного з ЗАТ «ІТУ», розірваним у зв'язку з невиконанням ЗАТ «ІТУ» своїх зобов'язань. Позовні вимоги були задоволені.

Постановою Донецького апеляційного господарського суду від 02.10.2007 р. рішення змінено. Первісні позовні вимоги задоволено частково – розірвано укладений між сторонами договір підряду. У задоволенні первісних позовних вимог про стягнення збитків – відмовлено. В іншій частині рішення залишено без змін.

ЗАТ «ІТУ» в поданій касаційній скарзі просить рішення та постанову скасувати, прийняти нове рішення про відмову в первісному позові та задоволення зустрічного позову. Колегія суддів дійшла висновку, що касаційна скарга ЗАТ «ІТУ» підлягає відхиленню, а оскаржувана постанова – залишенню без змін з таких підстав.

Як правомірно встановлено судом, відповідач свої зобов'язання за договором в повному обсязі не здійснив, доказів здавання готових робіт суду не надав, зокрема, не надав ані суду першої інстанції, ані суду апеляційної інстанції актів приймання-передачі кожного окремого виду робіт згідно з календарним планом, який є невід'ємною частиною договору.

Апеляційна інстанція не взяла до уваги твердження апелянта про те, що спірний договір є договором будівельного підряду, оскільки це не підтверджується матеріалами справи. У додатку № 2 до договору вказано, що роботи за договором стосуються проектування, електрозабезпечення та ревізії, доукомплектування та

ремонту обладнання, тобто роботи відповідача не були пов'язані з будівництвом або реконструкцією.

Оскільки строк на виконання робіт за договором закінчився, а роботи відповідачем у повному обсязі та у встановлені строки не були виконані, тому позивач правомірно звернувся до суду з позовом про розірвання такого договору.

Виходячи з вищевикладеного, колегія погоджується з висновком судів про недоведеність укладення оспорюваного договору підляду відповідачем під впливом обману та правомірність відмови в зустрічному позові, чим спростовуються доводи скаржника про протилежне [23].

Наведений підхід цілком відповідає правилу щодо презумпції вини в цивільному праві. У зв'язку з цим питання про відповідальність за збитки виключатиме питання про ризик випадкового знищення (пошкодження) майна. Так, підрядник несе відповідальність за втрату або пошкодження майна замовника (ст. 841 ЦК України), яка, зазвичай, підпорядкована принципу вини [1]. Для виключення відповідальності підряднику необхідно довести свою невинуватість, лише після цього можна говорити про ризик замовника як сторони договору підляду, що надала це майно. Однак в літературі звертається увага на випадки відповідальності без вини. У зв'язку з цим В. В. Ровний зазначає, що за договором побутового підляду підрядник несе відповідальність не лише за вину, а й за випадкове знищення (пошкодження) майна замовника (відповідальність, що ґрунтується на принципі ризику), відповідно, ризик замовника тут обмежується обставинами непереборної сили, які лише й здатні виключити відповідальність підрядника [24].

Вищезазначене опосередковано підтверджує зв'язок ризику випадкової загибелі (пошкодження) майна лише з тими обставинами, які не можна поставити у вину учасникам договору. При цьому не має вирішального значення той факт, що загибель (пошкодження) майна з вини третіх осіб у буквальному розумінні не є результатом випадкових обставин, оскільки для сторін договору підляду вона все ж має визнаватися випадковою.

Отже, якщо в знищенні або пошкодженні речі є вина певної особи, то згадана особа і несе за це негативні майнові наслідки (збитки) від загибелі або ж пошкодження майна. У тому випадку, коли знищення або пошкодження речі були випадковими, ризик знищення (пошкодження) несе власник речі або інша сторона, на яку в силу закону або договору покладається ризик.

2.5 Характеристика процесів настання правових наслідків

Разом з тим окремо варто звернути увагу на питання настання правових наслідків випадкового знищення (пошкодження) майна і, зокрема, вплив цього ризику на чинність зобов'язання. Як зазначалось вище, загальний правовий наслідок випадкового знищення або випадкового пошкодження майна полягає в тому, що сторона, на яку покладено цей ризик, відшкодовує іншій стороні заподіяні цим

збитки. Однак не слід виключати й ситуації, коли випадкове знищення або випадкове пошкодження майна може бути підставою припинення зобов'язання, наприклад, якщо відсутність предмета зобов'язання викликає неможливість виконання останнього або такий наслідок прямо встановлений договором чи передбачений законом.

У зазначеному випадку необхідно виходити із загального правила, встановленого щодо заміних речей – «рід не гине». Тому випадкове знищення (пошкодження) речі, визначеної як *genus* (наприклад, матеріали замовника, передані підряднику), не припиняє відповідне зобов'язання неможливістю його виконання, оскільки підрядник завжди може виконати договір шляхом використання будь-якого іншого матеріалу, належного до того самого роду. За таких умов ризик замовника виключається, оскільки за ним залишається можливість вимагати передання обумовленого договором результату робіт, незважаючи на знищення (пошкодження) наданого ним матеріалу.

Таким чином, зобов'язальний ризик виконання договору підряду, що полягає в необхідності виконання договору з власного матеріалу, несе підрядник. У разі випадкового знищення матеріалу ризик замовника полягає лише в обов'язку відшкодувати заподіяні цим збитки, що, однак, не звільняє підрядника від виконання підрядного зобов'язання в натурі (надання результату робіт).

Неможливість виконання зобов'язання може виникати у разі, коли ризик випадкового знищення (пошкодження) індивідуально-визначеної речі несе підрядник. Неможливість придбання аналогічної юридично незамінної речі, що виключає можливість належного виконання зобов'язання, може розглядатися як підстава для звільнення підрядника від виконання зобов'язання. Випадкове знищення (пошкодження) такої юридично незамінної речі, яку неможливо замінити іншою подібною річчю, що унеможливило виконання зобов'язання, може викликати припинення останнього. У наведених двох випадках відсутності юридично незамінних речей йдеться про припинення зобов'язання неможливістю його виконання, оскільки така неможливість виникає у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає (ч. 1 ст. 607 ЦК України) [1].

Випадкове знищення (пошкодження) майна може тягнути за собою припинення зобов'язання й в інших випадках. Закон допускає припинення зобов'язання на підставах, встановлених як законом, так і договором (ч. 1 ст. 598 ЦК України) [1].

Одним із видів зобов'язального ризику вважається ризик зміни обставин договору або договірний ризик. Юридико-технічний зміст цього ризику полягає в ймовірності виникнення істотних змін обставин, з яких сторони виходили при укладенні договору, настання яких є підставою для його зміни або розірвання, якщо інше не передбачено договором або не впливає із його сутності (п. 1 ч. 2 ст. 652 ЦК України). До таких змін обставин можуть бути віднесені дії або події, що перебувають поза впливом суб'єктів підрядних відносин, які тягнуть за со-

бою неможливість виконання договору, втрату інтересу до нього однієї зі сторін тощо (політичні, законодавчі зміни тощо) [1].

Виходячи з цього, можна дійти висновку, що зміна обставин не завжди визнається істотною, а лише у визначених випадках, а саме: якщо вони змінилися настільки, що, якби учасники підрядних відносин могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах. В інших же випадках (наприклад, зміни кон'юнктури ринку щодо ціни чи інших умов договору) тягар цього ризику (зміни цін) нестиме потерпіла сторона. Разом з тим ризик розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин необхідно відмежовувати від страхового ризику, оскільки, на відміну від страхового ризику, він не пов'язаний з чітко визначеною компенсацією у вигляді страхової виплати і можливих втрат від дії цього ризику.

Ризик зміни обставин договору, як зазначалось А. Г. Зейц, означає обтяження сторони господарсько-невигідними наслідками при зміні обставин, причому, якщо ризик припадає на одну із сторін, вона повинна виконати договір, навіть коли для неї це збитково [25]. За своєю природою цей вид ризику можна віднести до зобов'язальних ризиків, оскільки наслідки його дії покладаються на сторони зобов'язання і безпосередньо проявляються на самому зобов'язанні у вигляді його припинення (при розірванні договору підяду) або зберігання в зміненому вигляді (при зміні умов договору підяду).

Своєрідно питання ризику випадкової загибелі предмета підяду або неможливості закінчення роботи вирішується у законодавстві інших держав. Відповідно до Французького цивільного кодексу вирішення питання про розподіл ризику загибелі предмета підяду напряму залежить від того, яка зі сторін надає необхідний для роботи матеріал. Таким чином, незалежно від причин знищення предмета договору підяду негативні наслідки наступають для тієї сторони, яка надала матеріал для виконання робіт [26]. Відповідно до Німецького цивільного уложення ризик знищення предмета договору лежить на підряднику до моменту прийняття речі замовником. Однак ризик такого знищення лежить на підряднику лише до моменту порушення замовником строку для прийняття результатів робіт.

Відповідно до цивільного законодавства України роботи виконуються за рахунок підрядника, тобто з його матеріалів, його силами і засобами з єдиним застереженням: якщо інше не передбачено договором підяду. Керуючись принципом свободи договору (ст. 627 ЦК України), сторони мають право укласти договір підяду, згідно з яким матеріали буде надавати не підрядник, а замовник. Детальніше зупинимось на цих питаннях: коли зазначені матеріали надаються підрядником (ч. 1 ст. 839 ЦК) і коли ці самі матеріали надаються замовником.

У першому випадку, коли надаються підрядником матеріали, обладнання та інше необхідне для виконання договору майно, ризик його випадкового пошкодження або випадкової загибелі лежить на підряднику як власнику цього майна.

Ризик переходить від підрядника до замовника в момент передачі результату виконаної роботи [1].

У другому випадку, коли матеріали, обладнання та інше майно, що використовується для виконання договору, надає замовник, спостерігаються законодавчі протиріччя в правилах розподілу ризиків. Так, відповідно до ст. 842 ЦК України ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) матеріалу до настання строку здачі підрядником визначеної договором підряду роботи несе замовник як сторона, яка надала матеріал. Однак у ст. 841 ЦК України однозначно стверджується, що підрядник зобов'язаний вживати усіх заходів щодо збереження майна, переданого йому замовником, та відповідає за втрату або пошкодження цього майна. Тобто ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження матеріалу несе підрядник, іншими словами, законодавець не зафіксував момент переходу ризику від замовника до підрядника при виконанні робіт у разі, коли майно для виконання договору надає замовник, хоча й дозволив сторонам у договірному порядку визначати інший порядок розподілу ризиків між собою, що видається досить логічним, зважаючи на існування ст. 6 ЦК України, абз. 1 ч. 3 якої передбачає можливість відступлення від диспозитивних положень актів цивільного законодавства і врегулювання своїх відносин на власний розсуд [1].

ВИСНОВКИ

1. Моментом переходу ризику від підрядника до замовника вважається момент досягнення результату виконаної роботи. Відтак ризик випадкового пошкодження або випадкової загибелі майна розподіляється за таким критерієм: з моменту надання майна і протягом усього процесу виконання робіт до досягнення результату виконаної роботи ризик лежить на замовнику як на стороні, яка надала матеріали, з моменту досягнення результату виконаної роботи до його прийняття замовником ризик несе підрядник, після приймання результату виконаної роботи ризик переходить до замовника.

2. Наголошується на необхідності чіткого відмежування правових наслідків випадкового знищення предмета чи результату робіт від випадкового знищення чи пошкодження матеріалів із використанням яких виконується робота. Вирішення питання відмежування цих правових наслідків пропонується здійснювати, опираючись на відому ще римському праву формулу права власності: ризик випадкової загибелі речі несе її власник. Відповідно до статей 839 та 840 ЦК України кожна зі сторін договору підряду може надавати як матеріал, так і устаткування для виконання робіт. Однак ніхто із них не захищений від настання під час виконання підрядних робіт несприятливих наслідків, які можуть призвести до знищення матеріалу або й готової речі.

3. До матеріалів, устаткування та інших засобів, що використовуються підрядником у роботі, слід застосовувати правила, які передбачені нормами права

власності. Згідно зі ст. 323 ЦК України ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна несе його власник. Таким чином, якщо матеріали, устаткування та інші засоби, що використовувались у процесі виготовлення речі (об'єкта), знищені, то ризики такого знищення покладаються на ту сторону, яка їх надала, за умови відсутності вини обох сторін. В іншому випадку відповідальність за знищення предмета, матеріалів, устаткування та інших засобів покладається на винну сторону.

4. Законодавець із застереженням підходить до розв'язання питання ризику випадкової загибелі або випадкового пошкодження матеріалів, устаткування, наданого для обробки речі або іншого матеріалу, що використовується під час виконання договору. Таким чином, якщо відсутні інші вказівки у ЦК України, іншому законі чи договорі, ризики покладаються на сторону, яка надала майно.

5. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження майна у підрядних зобов'язаннях розглядається як небезпека (загроза) знищення чи випадкове пошкодження результату робіт чи майна (матеріалів) за відсутності вини учасників договірної зобов'язання, з настанням якої носій ризику зобов'язаний відшкодувати іншому учаснику пов'язані з цим збитки.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – 2003. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
- [2] Утехін І. Б. Виконання договорів з передачі майна у власність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03/ Утехін Ігор Борисович. – Київ, 2009. – 210 с.
- [3] Малєин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях / Н. С. Малєин. – Москва : Наука, 1968. – 207 с.
- [4] Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте / А. С. Комаров. – Москва : Юрид. лит., 1991. – 206 с.
- [5] Дождєв Д. В. Римское частное право : учеб. для вузов / Д. В. Дождєв. – Москва : Инфра-М, Норма, 2003. – 784 с.
- [6] Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду : монографія / А. Б. Гриняк. – Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 261 с.
- [7] Луць В. В. Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин : монографія / В. В. Луць. – Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 320 с.
- [8] Кізлова О. С. Застава в цивільному праві (питання теорії) : монографія / О. С. Кізлова. – Одеса : Фенікс, 2011. – 352 с.
- [9] Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве / В. А. Ойгензихт. – Душанбе : Ирфон, 1972. – 225 с.
- [10] Кравченко С. Н. Имущественная ответственность за нарушение природоохранного законодательства / С. Н. Кравченко. – Львов : Вища школа, 1979. – 376 с.
- [11] Брагинский М. И. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Москва : Статут, 2007. – 1056 с.

- [12] Мусияка В. Л. Солидарная ответственность за причинение вреда : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. / Мусияка Виктор Лаврентьевич. – Харьков, 1976. – 153 с.
- [13] Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Волосенко Ірина Василівна. – Київ, 2011. – 19 с.
- [14] Харитонов Е. О. Категории субъективного и объективного риска в советском гражданском праве / Е. О. Харитонов // Проблемы правоведения. – Киев : Изд-во КГУ, 1979. – С. 34–36.
- [15] Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н. С. Кузнецова. – Киев : Наук. думка, 1993. – 100 с.
- [16] Миронов И. В. Проблемы алеаторных правоотношений в российском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Миронов Игорь Владимирович. – Москва, 1998. – 163 с.
- [17] Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Волосенко Ірина Василівна. – Київ, 2011. – 204 с.
- [18] Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Волосенко Ірина Василівна ; Нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – Київ, 2011. – 19 с.
- [19] Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности / О. А. Красавчиков. – Москва : Юрид. лит., 1966. – 200 с.
- [20] Сидоренко А. Некоторые аспекты института риска случайной гибели или повреждения имущества хозяйственных обществ / А. Сидоренко // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – №2. – С. 43–46.
- [21] Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть Курс лекций / В. А. Тархов. – Чебоксары : Чув. кн. изд-во, 1997. – 331 с.
- [22] Тімуш І. С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Тімуш Ірена Сергіївна. – Київ, 2004. – 198 с.
- [23] Постанова у справі №43/231пд від 18 грудня 2007 року [Електронний ресурс] : Архів господарського суду Донецької області за 2007 р. – Донецьк, 2007. – Режим доступу: <https://edrsr.dominus.kiev.ua/judgement/92954>.
- [24] Ровный В. В. Размышления о праве собственности и рисках гибели (повреждения) имущества в договоре подряда / В. В. Ровный // Цивилистические записки : межвузовский сб. науч. трудов. – Екатеринбург : Ин-т частного права, 2005. – С. 41–47.
- [25] Зейц А. Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров / А. Г. Зейц. – Иркутск : ИНГ, 1928. – 65 с.
- [26] Французский гражданский кодекс / [под ред. А. А. Жукова, Г. А. Пашкова, Д. Г. Лаврова]. – СПб. : Юрид. Центр Пресс, 2004. – 54 с.

REFERENCES

- [1] Verkhovna Rada of Ukraine. (2003). The Civil Code of Ukraine. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- [2] Utehin, I. B. (2009). Fulfillment of contracts for the transfer of property to property. (Candidate dissertation, Scientific and Research Institute of Private Law and Enterprise Academy of Legal Sciences of Ukraine, Kiev, Ukraine).
- [3] Malein, N. S. (1968). *Property liability in economic relations*. Moscow: Nauka.

- [4] Komarov, A. S. (1991). *Responsibility in commercial turnover*. Moscow: Juridicheskaja literature.
- [5] Dedzhodov, D. V. (1997). *Roman private law: a textbook for high schools*. Moscow: Infra-M, Norma.
- [6] Grinyak, A. B. (2011). Features of legal regulation of relations under contract work. Kyiv: SRI of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Sciences of Ukraine.
- [7] Luts, V. V. (2011). Features of the exercise of subjective rights by participants in civil relations. Kyiv: SRI of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Sciences of Ukraine.
- [8] Kizlova, O. S. (2011). *Pledge in civil law (questions of the theory)*. Odessa: Feniks.
- [9] Oygenshit, V. A. (1972). *The problem of risk in civil law*. Dushanbe: Irfon.
- [10] Kravchenko, S. N. (1979). *Property liability for violation of environmental legislation*. Lviv: Higher school.
- [11] Braginsky, M. I. Vitryansky, V. V. (2007). *Contractual right. The third book. Agreements on performance of work and rendering of services*. Moscow: Statut.
- [12] Musiyaka, V. L. (1976). Jointly responsible for causing harm. (Candidate dissertation, Kharkov Law Institute, Kharkiv, Ukraine)
- [13] Volosenko, I. V. (2011). The risk in civil law (concept, nature, species). (Candidate dissertation, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine)
- [14] Kharitonov, E. A. (1979). *Categories of subjective and objective risk in Soviet civil law*. Problems of jurisprudence. Kiev: Publishing house of the KSU.
- [15] Kuznetsova, N. S. (1993). *Contract contracts for investment in construction*. Kiev: Naukova Dumka.
- [16] Mironov, I. V. (1998). *Problems of aleatory legal relations in Russian law*. (Candidate dissertation, Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, Moscow Russian Federation)
- [17] Volosenko I. V. (2011). The risk in civil law (concept, nature, species). (Candidate dissertation, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine)
- [18] Volosenko, I. V. (2011). The risk in civil law (concept, nature, species). (Candidate thesis, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine)
- [19] Krasavchikov, O. A. (1966). *Compensation for damage caused by a source of increased danger*. Moscow: Juridicheskaja literatura.
- [20] Sidorenko, A. (2001). Some aspects of the Institute are the risk of accidental loss or damage to the property of economic companies. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 2, 43–46.
- [21] Tarkhov, V. A. (1997). *Civil law General course of lectures*. Cheboksary: Chuvashskoe knizhnoe izdatel'stvo.
- [22] Timousch, I. S. (2004). *Civil regulation of risk (aleatory) contracts*. (Doctoral dissertation, Kyiv National University named after Taras Shevchenko, Kyiv, Ukraine)
- [23] Archive of the Economic Court of Donetsk region for 2007. (2007 December). *Resolution of the case No. 43 / 231pd of December 18, 2007*. Retrieved from <https://edrsr.dominus.kiev.ua/judgement/92954>
- [24] Rovny, V. V. (2005). *Reflections on the right to property and the risks of the death (damage) of property in a contract of contract Civil Lectures*. Yekaterinburg: Institute of Private Law.
- [25] Zeits, A. G. (1928). *The influence of changed circumstances on the strength of contracts*. Irkutsk: ING.

[26] The French Civil Code (2004). Zhukova A. A., Pashkova G. A., Lavrov D. G. (Eds.).
Jurassic Association center. Saint Petersburg: Juridicheskij Center Press.

Андрій Богданович Гриняк

Доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу проблем договірної права

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

01042, вул. Раєвського, 23-а, Київ, Україна

Мар'яна Дмитрівна Пленюк

Доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем договірної права

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

01042, вул. Раєвського, 23-а, Київ, Україна

Андрей Богданович Гриняк

Доктор юридических наук, старший научный сотрудник, заведующий отделом проблем договорного права

Научно-исследовательский институт частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины

01042, ул. Раевского, 23-а, Киев, Украина

Марьяна Дмитриевна Пленюк

Доктор юридических наук, старший научный сотрудник отдела проблем договорного права

Научно-исследовательский институт частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины

01042, ул. Раевского, 23-а, Киев, Украина

Andriy B. Grinyak

Doctor of Law, Senior Researcher, Head of the Department of Contract Law Issues
Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

01042, 23-a Rayevskiy Str., Kyiv, Ukraine

Maryana D. Plenyuk

Doctor of Law, Senior Researcher of the Department of Contract Law Issues

Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
01042, 23-a Rayevskiy Str., Kyiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Гриняк А. Б. Правова природа ризику в договорах з виконання робіт / А. Б. Гриняк, М. Д. Пленюк // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 29–49.

Suggested Citation: Grinyak A. B. & Plenyuk M. D. (2018). Legal risk nature in contract work. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 29–49.

Стаття надійшла / Submitted: 09/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 20/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 12/03/2018

Олена Володимирівна Зінченко

Кафедра теорії держави і права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМИ ПРАВЛІННЯ АРАБСЬКИХ МОНАРХІЙ (ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)

Анотація. *Стаття присвячена дослідженню специфіки форми правління сучасних арабських монархій. Викладається сутність суперечливих тенденцій їх функціонування й еволюції. По-перше, це боротьба між об'єктивною необхідністю усіх монархій Близького Сходу, абсолютних і обмежених, відповідати вимогам політичного, технічного, економічного і соціального розвитку, які диктуються глобалізаційним процесом, і настирливими спробами правлячих кіл зберегти середньовічні феодальні і клерикальні порядки. По-друге – вимушене прийняття монархічними арабськими державами конституцій без участі громадськості та законодавчого оформлення в них принципів абсолютизму в обмежених монархіях. Третя тенденція демонструє активні прагнення правлячих кіл обмежених монархій до реставрації абсолютизму. Деталізовано викладаються визначальні ознаки форм правління двох типів монархій – абсолютних і обмежених. З'ясовуються об'єктивні причини збереження абсолютних і реставраційних прагнень обмежених монархій, які полягають у слабкості громадянського суспільства, відсутності демократичних традицій, підсиленні ісламу, його розпаді на численні течії, загрозі радикалізму, специфічні відмінності політичних структур, традиціоналізм, авторитаризм управління, консультативно-дорадчий характер урядів і парламентів тощо.*

Ключові слова: Арабський Схід, абсолютна монархія, обмежена монархія, форма правління, конституція, іслам, шаріат.

Елена Владимировна Зинченко

Кафедра теории государства и права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
Харьков, Украина

ОСОБЕННОСТИ ФОРМЫ ПРАВЛЕНИЯ АРАБСКИХ МОНАРХИЙ (СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ)

Аннотация. *Статья посвящена исследованию специфики формы правления современных арабских монархий. Излагается сущность противоречивых тенденций их функционирования и эволюции. Во-первых, это борьба между объективной необходимостью всех монархий Ближнего Востока (абсолютных и ограниченных) отвечать требованиям политического, технического, экономического и социального развития, диктуемым глобализационным процессом, и упорными попытками правящих кругов сохранить средневековые феодальные и клерикальные порядки. Вторая противоречивая тенденция заключается в вынужденном принятии монархическими арабскими государствами конституций без участия в нем общественности и законодательном оформлении в них принципов абсолютизма в неограниченных монархиях. Третья тенденция демонстрирует*

активные стремления правящих кругов ограниченных монархий к реставрации абсолютизма. Детализированно излагаются определяющие признаки формы правления двух типов монархий – абсолютных и ограниченных. Выясняются и объективные причины сохранения абсолютных и реставрационных стремлений ограниченных монархий, которые заключаются в слабости гражданского общества, отсутствии демократических традиций, усилении ислама, его распаде на течения, угрозе радикализма, специфические отличия политических структур, традиционализм, авторитаризм управления, консультативно-совещательный характер правительств и парламентов и т. д.

Ключевые слова: Арабский Восток, абсолютная монархия, ограниченная монархия, форма правления, конституция, ислам, шариат.

Olena V. Zinchenko

*Department of Theory of State and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

PECULIARITIES OF ARAB MONARCHIES FORMS OF GOVERNMENT (COMPARATIVE ANALYSIS)

Abstract. *The article is devoted to the research of the specifics of the modern Arab monarchies form of government. The author expounds the essence of certain contradictory tendencies of their functioning and evolution. The first among them is the conflict between an objective demand of all the Middle East monarchies (absolute and limited) to meet the requirements of political, technical, economic and social development within the process of globalization and at the same time the persistent attempts of governments to preserve medieval feudal and clerical laws and orders. The second contradictory trend is the imposition of the constitution adoption by the monarch Arab states without general public participation in this process as well as the formulation of the principles of absolutism in unlimited monarchies at the legislative level. The third trend demonstrates the limited monarchies governments' perseverance to restore the absolutism. The article provides the peculiar analysis of the defining principles of the absolute and limited monarchy forms of government. The author determined objective reasons of the limited monarchies' intent to preserve their absolute and restoration policy, such as the weakness of community, the absence of democratic traditions, the strengthening of Islam and its disintegration into numerous movements, the threat of radicalism, specific differences in political structure, traditionalism, governmental authoritarianism, advisory nature of governments and parliaments, etc.*

Keywords: Arab East, absolute monarchy, limited monarchy, form of government, constitution, Islam, Shariah.

ВСТУП

Однією із сучасних проблем вітчизняного правознавства є форма правління, яка ще за стародавніх часів була предметом уважного вивчення та значної критики, якій піддавались усі її форми, що існували на той час. В епоху Просвітництва найбільшого осуду зазнавала саме феодално-кріпосницька абсолютна монар-

хія. Марксистська ж історіографія піддавала радикальній критиці будь-які форми монархії. Але як і в процесі еволюції юридичної науки, так і в наші дні відсутня єдність у визначенні сутності абсолютної монархії, що як повсюдне явище фактично вже відійшла в історичне минуле. Конституційні ж монархії, що прийшли натомість, забезпечують доволі високий рівень добробуту населення та широкі політичні й громадянські права людини; в той же час вони не обумовлюють гострих конфліктних проблем міжнародного й регіонального масштабу. Низка ж абсолютних арабських монархій вимагає іншого підходу, оскільки вони, будучи історичним раритетом, створюють конфліктні ситуації у своїх країнах [1–4]. Однак соціальні, політичні й економічні процеси як в арабських, так і в західних країнах, характер і напрями їхнього розвитку значною мірою визначаються формою правління тих чи інших держав.

Сьогодні спостерігається брак необхідної уваги дослідників-правознавців до такої раритетної системи правління, яка має місце в монархіях Близького Сходу. Так, В. В. Сухонос наголошує, що в наші дні «монархічна форма правління практично не досліджується», за винятком праці Ю. Коломієць [5]. Вітчизняні дослідники різною мірою торкались сутності правових систем арабських країн взагалі і монархій зокрема (Д. Лук'янов, Х. Бехруз, М. Бурлацький, В. Колісник, В. Коновалова, І. Процюк, П. Рабінович, Ю. Тодика, Ю. Шемшученко та ін.). Але особливості систем правління означених держав не складала мети їх досліджень і вони не здійснювали їхнього порівняльного аналізу.

Враховуючи інтенсивність і суперечливість тенденцій функціонування й особливості еволюції арабських монархій наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст., висвітлення означеної проблеми постає украй актуальним. Практика свідчить, що незважаючи на притаманність арабським монархіям середньовічних феодальних ознак та клерикалізму, в досить складних і гострих ситуаціях вони здатні обертатись потужним і ефективним інструментом стабілізації суспільства й відносин із сусідами. Такий досвід наголошує, що навіть за наявності ознак історичної відсталості та раритетності, ця форма правління ще володіє необхідним для її функціонування політичним і соціальним потенціалом. У той же час об'єктивні вимоги глобалізаційного процесу невпинно підштовхують арабські абсолютні монархії до трансформації у монархії конституційні. Гострота таких процесів спричинює дестабілізацію не тільки у регіоні Перської затоки, але й в усьому світі. Необхідність попередження можливих небажаних інцидентів та конфліктів зумовлює актуальність прискіпливого дослідження проблеми.

Метою публікації є спроба дослідження особливостей систем правління арабських монархій, виявлення визначальних ознак абсолютних і обмежених монархій, особливостей їх розподілу на своєрідні типи, а також виявлення й характеристика основних тенденцій їхньої еволюції. На підставі викладеного матеріалу автор вважає за необхідне дослідити зміст і типи форм (систем) правління арабських монархій, абсолютних і обмежених. На думку автора, пояснення цієї пози-

ції полягає, по-перше, у відсутності спеціального порівняльного аналізу форми правління монархій Близького Сходу, а по-друге, в гострій актуальності такої проблеми.

Новизною даного дослідження є виділення й групування визначальних ознак форм правління абсолютних і обмежених монархій, визначення типів, властивих обом групам, а також формулювання трьох суперечливих тенденцій функціонування й еволюції досліджуваних держав. Матеріали статті становлять цінність для компаративістів, дослідників арабських держав, викладачів дисципліни «Порівняльне правознавство», студентів спеціальності «Міжнародне право», а особливо магістрів, які відвідують додаткові поглиблені курси практичного «Порівняльного правознавства».

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

У дослідженні особливостей форм правління арабських монархій використовувались різноманітні теоретичні методи. Найбільш потужним та ефективним засобом дослідження є порівняльний аналіз, який у XIX ст. перетворився на самостійну юридичну навчальну дисципліну. З цією метою було проаналізовано низку нормативних актів і наукових джерел, здійснено їх співставлення і зроблено відповідні висновки. Довелося виходити з того, що основна маса визначень форми правління у різних публікаціях здійснена на європейських зразках і цінностях західної цивілізації, а для дослідження форми правління монархій Перської затоки потрібен інший підхід і науковий інструментарій [1]. За таких обставин поставала необхідність враховувати специфіку арабських країн.

Співставлення змісту конституцій різних країн дало можливість виявити особливості їх використання правителями абсолютних монархій (для збереження дійсно абсолютних повноважень) і реставраційні тенденції в обмежених монархіях. Саме таким чином встановлено, що в низці абсолютних монархій Саудівська Аравія є теократичною, найбільш консервативною і традиціоналістською [6], ОАЕ – федеративною обмеженою монархією особливого типу [7], Марокко – просто конституційною монархією [8], Кувейт – квазіконституційною монархією [9], Йорданія – проміжний тип між дуалістичною і парламентарною монархією [10]. Порівняння Основних законів забезпечило виявлення визначальних ознак форми правління абсолютних і обмежених монархій, попередніх конституцій з наступними й останніми – тенденцій еволюції їхнього змісту. Зіставлення поглядів різних дослідників на сутність тієї чи іншої форми правління показало відмінності в оцінках типу монархій [1; 5; 11].

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Чинники формування і еволюційні тенденції монархій

У правознавчій науці існує безліч дефініцій монархічної форми правління взагалі, а також абсолютної та обмеженої зокрема [1; 4; 12–14]. У той же час будь-якій

класифікації властивий умовний характер [1]. Різні дослідники однієї проблеми нерідко досягають протилежних оцінок. І це має об'єктивний характер, у тому числі й у висвітленні сутності арабських монархій. Адже, незважаючи на спільність мови, релігії, культури, побуту й традицій арабських народів, між їхніми державами існують міжнародні протиріччя, що виявляється у нездатності досягти політичного об'єднання. Значні труднощі у визначенні типів їхніх політичних систем обумовлені, перш за все, не спільними рисами, а радикальними соціально-політичними відмінностями арабських країн, що обертається результатами із «багато в чому умовним і не завжди безперечним характером. Особливо це стосується форми правління» [3].

Одні вчені вбачають збереження абсолютних монархій у низькому рівні економічного розвитку арабських країн, релігії, інші – в збереженні феодальних порядків та застарілих форм суспільної організації, пристосуванні архаїчної форми правління до умов сучасності й набутті певної гнучкості, у «нафтовому процвітанні», у насадженні монархізму на Близькому Сході Великобританією та США [1; 3; 4]. Формування арабських монархій обумовлювалось історичними чинниками, внутрішніми впливами й тиском міжнародних обставин. У цьому процесі чітко проглядає роль історичних обставин у формуванні «сучасного статусу глави держави» Перської затоки. Повноваження монарха як глави держави формувались у цих країнах паралельно із процесом її утворення, розвитком династичних зв'язків та впливів племінних традицій. «Існуючі й дотепер династії Кувейту, Бахрейну, Катару й ОАЕ з'явилися в умовах племінного ладу» [1].

Незважаючи на це, сучасні абсолютні монархії порівнюються з традиційними феодальними державами. Однак вони існують не за рахунок експлуатації селянства, а нафтових ресурсів та фінансових коштів. Учораšní феодальні клани стали промисловцями та фінансовими компаніями, яким потрібна потужна влада [1; 4]. За таких умов монархія постає у суспільстві як сильний інститут для інтеграції та стабілізації, перетворюючись одночасно на етатизм та авторитаризм [3; 15]. Певну роль у формуванні арабських монархій відігравали й вчораšní метрополії, які концентрацією постколоніальної влади прагнули знешкодити дезінтеграційні тенденції багатоконфесійного й поліетнічного світу.

Практично ж вирішити означені завдання могла лише держава, і для законодавчого забезпечення такої можливості постала необхідність прийняття конституцій і створення бюрократичного апарату [3; 4]. До цього кроку підштовхували також ісламістські рухи, результати деколонізації, впливи міжнародної політики, вимоги глобалізаційного процесу, внутрішні соціально-економічні й політичні кризи. Окрім загальних, у цьому питанні діяли й окремі чинники. Так, прийняття конституції в ОАЕ було продиктовано необхідністю юридичного оформлення федерації; в Омані – узаконенням єдності світської і духовної влади в руках правителя, а також гарантією абсолютизму Великобританією та США;

у Саудівській Аравії цей процес відбувався на підставі релігійної течії ваххабізму і під тиском США [1; 3].

Якщо у проголошенні конституціями абсолютних монархій широких прав людини окремі правознавці вбачають «тенденцію до їх демократизації» [1], то в обмежених монархіях спостерігаються протилежні, реставраційні тенденції. Широко використовуючи право запровадження надзвичайного чи воєнного стану на необмежений термін, монархи Марокко, Йорданії, Бахреїну й Кувейту фактично повертались до абсолютної форми правління. Марокко та Йорданія не добувають нафту, що відображалось частими кризами [14]. Король Марокко, Мухаммад V, у 1956 р. встановив у країні абсолютну владу, а Конституція Марокко 1962 р. – «феодалний режим». Конституція 1970 р. ще більше посилала владу монарха, і тільки референдум 1992 р. ухвалив дуалістичну монархію. Король Йорданії в кризових умовах у листопаді 1974 р. розпустив обидві палати, після чого до 1989 р. в країні не було парламенту. Фактичне встановлення абсолютизму за допомогою розпуску парламентів і запровадження надзвичайного стану відбулось у 1975 р. в Бахреїні і у 1976 р. в Кувейті. Ю. Коломієць констатує, що «рух монархій до парламентаризму не є незворотним процесом, а може призвести до реанімації абсолютистських тенденцій чистого гатунку». Саме тому так звані обмежені монархії фактично є абсолютними монархіями, незважаючи на наявність у них конституцій [1].

2.2 Визначальні ознаки форми правління абсолютних арабських монархій

Правознавці вважають абсолютні монархії Перської затоки раритетом в сучасних умовах [1; 2]. Певною мірою ця раритетність, на відміну від середньовічних європейських абсолютних монархій, полягає в наявності конституцій. Більшість дослідників відносять до числа арабських абсолютних монархій Катар, Об'єднані Арабські Емірати, Султанат Оман та Саудівську Аравію. Вперше у Катарі конституція була октройована у 1970 р. Вона переслідувала мету конституційного закріплення влади за правлячою династією. Основний закон не обмежував абсолютної влади монарха, передбачав збереження за ним законодавчої і виконавчої влади і виявився лише інструментом регулювання діяльності виконавчого і дорадчого апарату, що існував при монарху [1]. З 2003 р. в країні діє нова (також дарована еміром) Конституція, яка проголошує іслам державною релігією, а шаріат – основою законодавства (ст. 1), закріплює спадкову владу династії аль-Тані (статті 8 і 14) і декларує права людини без передбачення механізму їх втілення в життя (статті 37–58). Документ декларує принцип розподілу гілок влади, створення Консультативної ради аль-Шура і називає її парламентом і законодавчим органом (преамбула, статті 61 і 62). Стаття 61 покладає на Раду аль-Шура здійснення «законодавчої влади», сутність якої, відповідно до ст. 77, полягає у дотриманні «державної політики, затвердженні

державного бюджету і контролі виконавчої влади». Рада має право вносити поправки до проекту бюджету лише за дозволу уряду, тобто еміра (ст. 107). Члени Ради аль-Шура й уряду при вступі на посаду складають присягу «бути відданим еміру і державі». Виконавча влада належить еміру, він призначає, очолює і звільняє членів уряду, які є його радниками (статті 65, 72). Сам емір, як глава уряду, безпосередньо керує опрацюванням законопроектів, після чого їх і затверджує. Отже, Конституція 2003 р. залишила попередню форму правління Катару, ховаючи її зміст у нереалістичних деклараціях і зберігаючи абсолютну монархію [16].

Другою абсолютною монархією є Султанат Оман, у якому роль конституції виконує Основний закон Султанату 1996 р. До нього конституцією країни вважався Коран. Стаття 5 Конституції заявляє, що «Форма правління – монархія у формі султанату, яка передається спадково по чоловічій лінії» правлячої династії Аль-Сайда. Конституція навіть не зачіпає питання про принцип розподілу властей і наявність законодавчої установи, а лише згадує наявність дорадчої Ради «Оман» у складі двох органів – Консультативної ради і Державної ради (ст. 58). Закон передбачає призначення Султаном членів Державної ради і обрання трьома відсотками населення Консультативної ради. Головна функція Ради «Оман» полягає у розробці рекомендацій султану й очолюваного ним уряду (ст. 43). Уся повнота законодавчої та виконавчої влади належить султану, який є главою держави, прем'єр-міністром, верховним головнокомандувачем збройними силами, міністром іноземних справ, оборони та фінансів, верховним суддею і вищою духовною особою країни (імамом) (ст. 41). Особистість султана недоторканна, а його рішення – остаточні [17].

Третю абсолютну монархію, теократичну, представляє королівство Саудівська Аравія, у якій король виступає уособленням влади сімейства Саудитів, що історично панують у політичному житті країни. Особливе положення сімейства Саудитів було закріплено актом конституційного характеру – Основним нізамом про владу 1992 р. Теократичний характер системи правління знову закріпила Конституція 2010 р. Стаття 1 Основного закону декларує, що «Конституція – Книга Всевишнього Аллаха і Сунна Його Пророка», а ст. 7 також підкреслює, що «Влада у Королівстві Саудівська Аравія заснована на Книзі Всевишнього Аллаха і Сунні Його Пророка, які складають підвалину даного Положення та інших актів». Стаття 55 наголошує, що «Король проводить національну політику відповідно до норм ісламу. Він контролює застосування ісламського шаріату та законодавчих норм...». Стаття 5 Конституції 2010 р. констатує, що «Система влади Королівства Саудівська Аравія – монархія. Влада належить синам короля – засновника держави Абдель Азіза Абдель Рахмана аль-Фейсала Аль Сауда та синам їхніх синів». Державна влада королівства складається із судової, виконавчої та законодавчої влади. Вищою інстанцією усіх цих видів влади є король. Він є головою Ради міністрів і визначає Положення про Раду міністрів, приймає рішення щодо формування та реорганізації Ради міністрів. Своім ука-

зом король призначає заступників голови Ради міністрів, членів Ради міністрів, а також звільняє їх від виконання обов'язків. Основний закон передбачає створення Консультативної ради, яку король має право розпустити і реорганізувати, а також скликати спільні засідання Консультативної ради та Ради міністрів (ст. 56). Передбачаються права людини без механізму їх практичної реалізації (статті 23–43) [6].

Об'єднані Арабські Емірати (ОАЕ) є четвертою федеративною абсолютною монархією, що складається із семи самостійних монархій-князівств: Абу-Дабі, Дубай, Шарджа, Рас-ель-Хайма, Аджман, Ель-Фуджейра, Умм-ель-Кайвайн, які, відповідно до поправки 1996 р. до Конституції 1971 р., складають «обмежену монархію особливого типу» (ст. 1), виборну, змішану монархію, гібридну форму правління, «своєрідний симбіоз монархії та республіки» [5; 13; 18]. Кожне князівство зберігає значну самостійність. Саме колективізм обумовлює «особливість типу», у той час як «обмеженість» полягає у добровільній відмові семи абсолютних монархів від частини своїх повноважень на користь принципу колективного абсолютизму. За коло прерогатив цієї сімки означена відносна відмова зовсім не виходить і жодним чином не порушує загальної сутності абсолютизму. Іслам проголошено державною релігією федерації, а шаріат – офіційним джерелом законодавства (ст. 7).

Принципи розподілу влади й виборності державних органів не визнаються. Останні формуються шляхом призначення або делегування главами еміратів. Федеральні органи влади ОАЕ складаються із Вищої ради союзу, президента союзу та його заступника, Ради міністрів, Національної ради та Верховного федерального суду. Вищим органом державної влади є Вища рада союзу у складі правителів еміратів, яка визначає загальну політику ОАЕ, затверджує союзні закони, ратифікує міжнародні договори, запроваджує і скасовує надзвичайний стан, проголошує війну, затверджує призначеного главою держави прем'єр-міністра, голову Верховного суду та його членів, здійснює верховний контроль над справами союзу тощо (статті 45 і 47). Усі рішення Вищої ради є обов'язковими й остаточними, вона обирає зі своїх членів голову Ради та його заступника, які є президентом і віце-президентом країни. Президент керує діяльністю Вищої ради, призначає прем'єр-міністра і приймає його відставку. Законодавчі акти приймаються Радою міністрів, яка ухвалює законопроект і представляє його Національній раді, президенту союзу і Вищій раді (ст. 110). Президент підписує закон після узгодження з Вищою радою і видає його (ст. 45). Статті 13–44 формулюють права людини, не торкаючись механізму їх реального втілення в життя [7]. Я. Юсеф вбачав в Об'єднаних Арабських Еміратах «надто урізану конституційну монархію, близьку до абсолютної форми правління, з дорадчим органом, який призначається самим правителем» [19].

Указане щодо сутності форми правління арабських абсолютних монархій, а також неозначене через обмеженість обсягу даної статті, аналіз літератури про

конституційну практику властей досліджуваних країн, дозволяють виявити такі притаманні їм ознаки:

- видимість суміщення абсолютизму із конституціоналізмом: держава має конституцію і одночасно залишається абсолютною монархією;
- юридичне закріплення конституціями принципів абсолютистської форми правління;
 - проголошення ісламу державною релігією;
 - проголошення Корану, Сунни й шаріату підвалинами законодавства зокрема і правової системи взагалі;
 - підміна законодавчих органів консультативними і дорадчими шляхом кваліфікації останніх законодавчими чи парламентами;
 - проголошення конституціями прав людини без механізму їхньої практичної реалізації;
 - наявність розмаїття форм абсолютних монархій: просто абсолютна монархія, теократична, обмежена особливого типу або урізана монархія;
 - поєднання принципу виборності та успадкування влади;
 - співіснування рис абсолютної і дуалістичної монархії;
 - октройованість конституцій правителями з метою врегулювання діяльності монархічного виконавчого і дорадчого апарату;
 - просякнутість усієї системи влади ідеєю верховенства шаріату та ісламського віровчення – характерна особливість державності;
 - гальмування суспільного розвитку клерикальними силами нав'язуванням монархам усталених стереотипів правління;
 - виникнення і посилення тенденції відчуження держави від суспільства;
 - наявність у системі управління елементів феодального свавілля раннього середньовіччя;
 - свавільне припинення правителями дії конституцій на невизначений термін.

2.3 Ознаки обмежених арабських монархій

Королівство Марокко, відповідно до октройованої Конституції 2011 р., називається конституційною монархією з демократичною системою парламентського правління (Загальні положення, ст. 1). Однак на практиці король зберігає реальні владні повноваження, що свідчить про наявність у країні дуалістичної монархії. Основний закон затверджує спадковість влади правлячої династії (ст. 43). Іслам визнається офіційною релігією держави (ст. 3). Король Амір Аль Мулімінін контролює повагу до ісламу, є головою Вищої Ради Улему і виконує релігійні прерогативи (ст. 41). Він є главою держави, призначає главу уряду і міністрів із числа представників партії, що отримала більшість на виборах, головує у Раді міністрів, має право розпуску обох палат парламенту, який скла-

дається з двох обраних загальним голосуванням палат – Палати представників і Палати радників (статті 47, 51, 60 і 61). Уряд несе відповідальність перед парламентом – «королівством». Монарх має право проголошувати надзвичайний стан (ст. 59) [8].

Відповідно до положень октройованих Конституцій 1952 і 2012 рр., Йорданське Хашимітське Королівство є спадковою монархією (ст. 1). Законодавча влада належить Королю і Національним зборам у складі Сенату й Палати депутатів (ст. 25). Сенатори призначаються королем, а депутати обираються на загальних прямих виборах. Король може розпустити Палату депутатів, Сенат і позбавити сенатора його звання (ст. 34). Главою держави є король, який володіє широкими повноваженнями в області законодавчої і виконавчої влади. Він призначає і звільняє з посади прем'єр-міністра і міністрів (ст. 35). Усі рішення прем'єр-міністра затверджуються королем. Однак уряд несе відповідальність перед Палатою депутатів, яка може винести йому вотум недовіри і відправити у відставку (ст. 51). Конституція містить ст. 124 – «Закон про оброну», відповідно до якої у випадку виникнення надзвичайної ситуації призупиняється дія звичайних законів і королівським указом запроваджується воєнний стан на території усієї країни або її частини. Широкі законодавчі й виконавчі повноваження монарха свідчать про дуалістичний характер монархії, а відповідальність уряду перед Палатою депутатів – про її парламентарний характер, у зв'язку з чим деякі дослідники визначають систему правління Йорданії як проміжну між дуалістичною і парламентарною «і навіть дещо ближче до останньої», тобто дуалістично-парламентарну [1; 10].

Кувейт отримав назву квазіконституційної монархії, у якій існує абсолютистський політичний режим із елементами парламентаризму, але з відсутністю в країні політичних партій. Октройована Конституція 1962 р. проголошує систему правління демократичною, за якої джерелом влади є народ. Одночасно гарантується свобода формування асоціацій та союзів лише «на національній основі», а не політичних. Система правління ґрунтується на принципі розподілу владних гілок. Відповідно до Конституції законодавча влада належить еміру (главі держави) й однопалатній Національній Асамблеї, дві третини складу якої обираються прямим таємним голосуванням, і одна третина призначається еміром (статті 51 і 52). Виборчим правом користуються тільки грамотні чоловіки, що народилися в Кувейті. Главою держави є спадковий емір, який фактично володіє усією повнотою влади. Він сам призначає спадкоємця престолу, може розпустити Національні збори, ініціює, санкціонує і приймає закони, запроваджує воєнний стан (статті 69 і 107). Закони приймаються еміром і Національною Асамблеєю, затверджуються еміром. Виконавча влада належить еміру і Раді міністрів (ст. 52). Згідно з Конституцією після традиційних консультацій емір призначає прем'єр-міністра і звільняє міністрів за рекомендацією глави

уряду (ст. 54). Члени уряду спільно відповідають перед еміром і парламентом за загальну політику держави. Рада міністрів визначає загальну політику країни і слідкує за її виконанням [9; 20–22].

Перша Конституція Бахрейну була дарована Королем у 1973 р., і вже у 1975 р. припинила свою дію. Згідно з октройованою Конституцією 2002 р. Бахрейн є спадковою конституційною монархією з демократичним режимом (преамбула). Основний закон закріплює успадкування влади династії Хамад Бін Іса аль-Халіфа. Іслам проголошується державною релігією, разом із шариатом він складає основне джерело законодавства і «кодекс законів та спосіб життя» (статті 4 і 5). Конституція проголошує принцип розподілу властей на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 32). Законодавчою владою наділені король і Національні Збори, а виконавчою – король, Рада Міністрів та міністри (ст. 32). Главою держави є король, який призначає і звільняє членів Консультативної Ради своїм указом, а також очолює Вищу Судову Раду. Король може вносити зміни до Конституції, пропонувати законопроекти, затверджувати закони і оприлюднювати їх. Глава держави визначає порядок виборів до Палати депутатів, скликає і закриває Національні Збори, має право їх розпустити, а також запровадити воєнний стан (статті 35, 42, 64 і 123). Король, завдяки правлячому сімейству, фактично контролює усі сфери життя країни. Усе це кваліфікує форму правління Бахрейну як просто конституційну монархію [23].

Означені положення стосовно форми правління арабських обмежених монархій, на тих же підставах, що й абсолютних, дозволяє визначити такі властиві їм ознаки:

- як і абсолютним, конституційним монархіям Арабського Сходу властиве розмаїття типів: просто конституційна монархія, дуалістична монархія, проміжна між дуалістичною і парламентарною монархією; квазіконституційна монархія;

- поєднання рис дуалістичних і парламентарних монархій;
- відсутність чітких ознак відмінності дуалістичної монархії від парламентської монархії;
- узаконення спадкоємства династичної влади;
- тенденція проявів абсолютистських форм правління і свідомого прагнення до них;
- зловживання монархами правом розпуску парламенту;
- запровадження правителями надзвичайного стану без визначеного терміну;
- затвердження конституціями ісламу державною релігією;
- фактична перевага владних повноважень правителя в дуалістичних монархіях над передбаченими конституцією;
- октройованість конституцій в обмежених монархіях (як і в абсолютних);
- значне обмеження законодавчих і контрольних повноважень глави держави в парламентській монархії;

- здійснення урядом переважної більшості повноважень правителя у парламентській монархії, відповідальність уряду перед парламентом;
- відсутність у системі правління будь-якого дуалізму;
- позбавлення глави держави дискреційних повноважень.

ВИСНОВКИ

Таким чином, серед восьми арабських монархій мають місце чотири абсолютні монархії: Катар, ОАЕ, Оман та Саудівська Аравія, одна з яких теократична, а друга – обмежена особливого типу, що не змінює сутності абсолютизму. Чотири інші форми правління є обмеженими монархіями: Бахрейн – просто конституційною монархією, Марокко – дуалістичною монархією, Кувейт – квазіконституційною монархією, а Йорданія – проміжною між дуалістичною і парламентською монархіями. Формам правління абсолютних і обмежених монархій властиві притаманні їм численні визначальні ознаки. Монархічні арабські держави змушені адаптувати механізм влади і політичну надбудову до глобальних тенденцій світового розвитку. Абсолютні монархії мають свої конституції, чим кардинально відрізняються від колишніх абсолютних монархій Європи, але ці Основні закони лише формулюють принципи абсолютистських режимів. Конституції монархій, абсолютних і обмежених, використовуються главами держав в інтересах правлячої верхівки країн. Окрійовані та змінені правителями без контролю з боку громадськості, вони забезпечують монархічній владі широкий простір для боротьби за збереження повноважень монархів. Розходження між офіційними і реальними положеннями конституцій в обмежених монархіях утруднюють визначення їх типу, віднесення до абсолютних, дуалістичних чи парламентарних монархій. Самі Конституції закріплюють усю владу виключно за монархами – законодавчу, виконавчу, судову і, часто, релігійну. Основні закони декларують, що над ними підноситься Коран і Сунна, а шаріат є найважливішим джерелом права. Використовуючи їх, правителі абсолютних монархій прагнуть зберегти цю систему правління, а обмежених – повернути абсолютизм.

Уряди арабських монархій намагаються вирішити гострі кризові проблеми за допомогою методів, які ці проблеми і обумовили. Передбаченому конституціями процесу демократизації форм правління перешкоджає слабкість громадянського суспільства, відсутність демократичних традицій, піднесення ісламу, його розпад на численні течії, загроза радикалізму, специфічна відмінність політичних структур, традиціоналізм, авторитаризм управління, консультативно-дорадчий характер урядів і «парламентів» тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Коломієць Ю. М. Правовий статус монарха в державах Близького Сходу, Магрибу та Японії : навч. посіб. / Ю. М. Коломієць. – Харків : Основа, 2000. – 117 с.
- [2] Страшун Б. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран / Б. А. Страшун. – 3-е изд., обновленное и доработанное. – Москва : Изд-во БЕК, 2000. – 430 с.

- [3] Бовсунівський П. В. Особливості формування політичних систем та тенденції політичного розвитку держав Арабського світу / П. В. Бовсунівський // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – 2012. – Вип. 111. – № 1. – С. 77–84.
- [4] Шпак Ю. А. Місцеве самоврядування Саудівської Аравії та Султанату Оману в умовах модернізації абсолютних монархій Аравійського півострова / Ю. А. Шпак // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2013. – № 26. – С. 228–238.
- [5] Сухонос В. В. Монархія як державна форма: історико-теоретичний та конституційно-правовий аспекти : монографія / В. В. Сухонос. – Суми : ВВП «Мрія-1», 2010. – 368 с.
- [6] Конституція (Основной Низам) королевства Саудовская Аравия [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2010. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=86>.
- [7] Конституция ОАЭ [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2010. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=89>.
- [8] Конституция Марокко [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2012. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=481>.
- [9] Конституция государства Кувейт [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2010. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=91>.
- [10] Конституция Иорданского Хашимитского Королевства [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2013. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=732>.
- [11] Allen C. Oman. The Modernization of the Sultanat / C. Allen. – Boulder : Westview Press, 1987. – 154 p.
- [12] Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран / А. А. Мишин. – Москва : Статут, 2013. – 520 с.
- [13] Исаев В. А. Султанат Оман / В. А. Исаев, А. О. Филоник. – Москва : Институт изучения Израиля и Ближнего Востока РАН, 2001. – 240 с.
- [14] Каминский С. А. Институт монархии в странах Арабского Востока / С. А. Каминский. – Москва : Наука, 1981. – 152 с.
- [15] Deegan H. The Middle East and problems of democracy / H. Deegan. – Buckingham – Philadelphia : Open University Press, 1993. – 152 p.
- [16] Конституция государства Катар [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2010. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=92>.
- [17] Конституция Султаната Оман [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2010. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=88>.
- [18] Егорин А. З. Объединенные Арабские Эмираты / А. З. Егорин, В. А. Исаев. – Москва : Институт изучения Израиля и Ближнего Востока РАН, 1997. – 320 с.
- [19] Юсеф Я. Объединенные Арабские Эмираты: государственно-правовое развитие федерации / Я. Юсеф // Советское государство и право. – 1975. – № 8. – С. 113.
- [20] Amin S. H. Middle East legal systems / S. H. Amin. – Glasgoow : Royston Publishers, 1985. – 320 p.
- [21] Redden K. R. Kuwait / K. R. Redden // Modern legal systemsyclopedia : vol. 5. – Buffalo : Hein, 1990.
- [22] Huneidi I. A. The legal aspects of doing business in Kuwait / I. A. Huneidi // International Company and Commercial Law Review. – 1991. – Vol. 2. – № 12. – P. 406.
- [23] Конституция государства Бахрейн [Електронний ресурс] // Конституции государств (стран) мира. – 2010. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/?p=79>.

REFERENCES

- [1] Kolomiets, Yu. M. (2000). *Legal status of the monarch in the states of the Middle East, Maghreb and Japan*. Kharkiv: Osnova.
- [2] Strashun, B. A. (2000). *Constitutional (state) law of foreign countries*. Moscow: Publishing house BEK.
- [3] Bowsunivsky, P. V. (2012). Features of the formation of political systems and trends in the political development of the Arab world. *Actual Problems of International Relations*, 111 (1), 77–84.
- [4] Shpak, Yu. A. (2013). Local government of Saudi Arabia and the Sultanate of Oman in conditions of modernization of the absolutemonarchies of the Arabian Peninsula. *State Building and Local Government*, 26, 228–238.
- [5] Sukhonos, V. V. (2010). Monarchy as a state form: historical-theoretical and constitutional-legal aspects. Sumy: GDP "Mriya-1".
- [6] Constitutions of the states (countries) of the world. (2010). *Constitution (Basic Nizam) of the Kingdom of Saudi Arabia*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=86>.
- [7] Constitutions of the states (countries) of the world. (2010). *Constitution of the United Arab Emirates*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=89>.
- [8] Constitutions of the states (countries) of the world. (2012). *Constitution of Morocco*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=481>.
- [9] Constitutions of the states (countries) of the world. (2010). *Constitution of Kuwait*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=91>.
- [10] Constitutions of the states (countries) of the world. (2013). *Constitution of the Hashemite Kingdom of Jordan*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=732>.
- [11] Allen, C. (1987). *Oman. The modernization of the Sultanat*. Boulder: Westview Press.
- [12] Mishyn, A. A. (2013). *Constitutional (state) law of foreign countries*. Moscow: Statute.
- [13] Isaev, V. A., Filonik, A. O. (2001). *Sultanat of Oman*. Moscow: Institute for the Study of Israel and the Middle East of the Russian Academy of Sciences.
- [14] Kaminsky, S. A. (1981). *Institute of the monarchy in the countries of the Arab East*. Moscow: Nauka.
- [15] Deegan, H. (1993). *The Middle East and problems of democracy*. Buckingham – Philadelphia: Open University Press.
- [16] Constitutions of the states (countries) of the world. (2010). *Constitution of Qatar*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=92>.
- [17] Constitutions of the states (countries) of the world. (2010). *Constitution of the Sultanate of Oman*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=88>.
- [18] Egorin, A. Z. & Isaev, V. A. (1997). *United Arab Emirates*. Moscow: Institute for the Study of Israel and the Middle East of the Russian Academy of Sciences.
- [19] Jusef, Ya. (1975). United Arab Emirates: State and legal development of the federation. *Soviet State and Law*, 8, 113.
- [20] Amin, S. H. (1985). *Middle East legal systems*. Glasgoov: Royston Publishers.
- [21] Redden, K. R. (1990). *Modern legal systems cyclopedia*. Buffalo: Hein.
- [22] Huneidi, I. A. (1991). The legal aspects of doing business in Kuwait. *International Company and Commercial Law Review*, 2(12), 406.
- [23] Constitutions of the states (countries) of the world. (2010). *Constitution of Bahrain*. Retrieved from <http://worldconstitutions.ru/?p=79>.

Олена Володимирівна Зінченко

Доктор історичних наук, доцент кафедри теорії держави і права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Елена Владимировна Зинченко

Доктор исторических наук, доцент кафедры теории государства и права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
61024, ул. Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Olena V. Zinchenko

Doctor of Science (History), Associate Professor of the Department of Theory of State
and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Зінченко О. В. Особливості форми правління арабських монархій (порівняльний аналіз) // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 50–64.

Suggested Citation: Zinchenko, O. V. (2018). Peculiarities of Arab monarchies forms of government (comparative analysis). *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 50–64.

Стаття надійшла / Submitted: 19/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 17/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 14/03/2018

Володимир Євгенійович Кириченко

Кафедра загальноправових дисциплін
Харківський національний університет внутрішніх справ
Харків, Україна

ЦЕРКОВНО-ДЕРЖАВНІ ВІДНОСИНИ В КОНТЕКСТІ РЕЛІГІЙНОГО РІЗНОДУМСТВА

Анотація. Церква й політика в європейській історії були тісно пов'язані між собою. Тому релігійна транзитивність не може бути зрозумілою поза політикою, а пізнання політичної реальності, в свою чергу, неможливе без урахування впливу на неї церкви. Основна мета дослідження полягає в аналізі динаміки церковно-державних відносин у контексті історичного становлення католицької церкви та появи протестантського руху. Цей взаємовплив породив кілька моделей церковно-державних відносин, що особливо наочно демонструє епоха Реформації, яка запропонувала Європі нові моделі взаємин. Встановлено, що навіть сьогодні, в умовах максимальної секуляризації, взаємодія церкви і держави не припинилась, більш того, спостерігається значна політизація ролі церкви, що загострює суперечності в суспільстві. Автор дійшов висновку, що стабільність у відносинах між релігією і політикою є складовою суспільної стабільності, тому важливо мати уявлення про те, які умови забезпечують найповнішу гармонію взаємодії релігії та політики.

Ключові слова: християнство, реформація, релігійна громада, соціально-політичний інститут, конфесія.

Владимир Евгеньевич Кириченко

Кафедра общеправовых дисциплин
Харьковский национальный университет внутренних дел
Харьков, Украина

ЦЕРКОВНО-ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ РЕЛИГИОЗНОГО РАЗНОМЫСЛИЯ

Аннотация. Церковь и политика в европейской истории были тесно связаны между собой. Поэтому религиозная транзитивность не может быть понята вне политики, а познания политической реальности, в свою очередь, невозможно без учета влияния на нее церкви. Основная цель исследования заключается в анализе динамики церковно-государственных отношений в контексте исторического становления католической церкви и появления протестантского движения. Это взаимовлияние стало источником нескольких моделей церковно-государственных отношений, особенно наглядно продемонстрированных в эпоху Реформации, которая предложила Европе новые модели взаимоотношений. Установлено, что даже сегодня, в условиях максимальной секуляризации, взаимодействие церкви и государства не прекратилось, более того, наблюдается значительная политизация роли церкви, что обостряет противоречия в обществе. Автор пришел к выводу, что стабильность в отношениях между религией и политикой являет-

ся составляющей общественной стабильности, поэтому важно представлять, какие условия содействуют гармоничному взаимодействию религии и политики.

Ключевые слова: христианство, реформация, религиозная община, социально-политический институт, конфессия.

Vladimir E. Kirichenko

Department of General Legal Disciplines
Kharkiv National University of Internal Affairs
Kharkiv, Ukraine

CHURCH-STATE RELATIONS IN THE CONTEXT OF RELIGIOUS HERESY

Abstract. *The church and politics in European history were closely interconnected. Therefore, religious transitivity cannot be understood beyond politics, and knowledge of political reality, in turn, is impossible without considering the influence on it of the church. The main purpose of the study is to analyze the dynamics of church-state relations in the context of the historical formation of the Catholic Church and the emergence of the Protestant movement. This mutual influence gave rise to several patterns of church-state relations, which is particularly evident in the era of the Reformation, which offered Europe new patterns of relations. It has been established that even today, in conditions of maximum secularization, the interaction of church and state has not stopped, moreover, there is a significant politicization of the role of the church, which exacerbates the conflict in society. The authors concluded that stability in the relationship between religion and politics is an integral part of social stability, so it is important to understand what conditions promote the most harmonious interaction between religion and politics.*

Keywords: Christianity, Reformation, religious community, socio-political institution, confession.

ВСТУП

Поняття «церковно-державні відносини» розглядається значною частиною вчених. Проте єдиного визначення не існує. Неоднозначність сутності й природи даного поняття потребує їхньої деталізації. Радянська доба в історіографії – чи не єдиний період індиферентного ставлення до релігійної проблематики, бо вже грецькі філософи Платон [1], Арістотель [2], вибудовуючи концепт ідеальної держави, не оминають релігійної складової. Історіографія часів Середньовіччя – це не лише праці видатних теологів, як от Орігена Адаманта [3], А. Августина [4], І. Солсберійського [5], М. Падуанського [6], Т. Аквінського тощо, ця проблематика непокоїла навіть імператорів [7] та великих понтифіків (Геласія I, Григорій VII). Не можна оминати згадкою й таких проповідників та реформаторів церкви, як Дж. Вікліф, Я. Гус, гуманістів епохи Відродження: Й. Рейхліна, Е. Роттердамського, які першими розпочали закладати ідеологічні підвалини реформістського руху й, насамкінець, тих, з ім'ям яких безпосередньо пов'язують феномен Реформації – М. Лютера [8], У. Цвінглі, Ж. Кальвіна.

У радянській історіографії було не в традиції приділяти увагу проблемам взаємодії держави та релігії. Остання, будучи відокремленою від держави, залишала віру в Бога на совісті кожної особистості. Влада більшовиків у 1917 р. проводила страшну боротьбу проти релігії, що згубила мільйони віруючих людей. Власне державна ідеологія, яка б розглядала релігію як опіум для народу, існувала не лише в Радянському Союзі. Проте якими б потужними не були атеїстичні настрої в суспільстві в ті чи інші історичні епохи, проблема взаємодії держави та релігії ніколи не зникала з порядку денного, а її витoki існують в історичному минулому людського суспільства.

Церковно-державні відносини були об'єднані за допомогою двох понять «церква» і «державна». На зламі тисячоліть Україна потрапила в епіцентр суспільної трансформації, що призвело до посиленого інтересу дослідження релігійної проблематики. Варіанти співпраці держави та церкви різноманітні. Вирішення релігійних питань дає право іншим державам, безпосередньо через церкви, втручатися у справи України, впливати на внутрішню та зовнішню політику. Церква та держава застосовують різні способи для досягнення своєї мети. Оскільки церква використовує релігійно-етичні засоби для духовного керівництва, держава ж спирається на матеріальну силу та законодавчі акти. Кожна церква підпорядковується своїм законам. Згрупування церков є неможливим, тому що це досить складний процес, який передбачає суспільну згоду всіх церков України. Тому гострою проблемою є міжцерковні конфлікти та розбіжності. Дані процеси відображають стан політичних процесів, які є непростими, що зумовлено особливостями переходу від тоталітарного режиму до демократичного суспільства. Контроль за релігійними організаціями здійснюють органи центральної виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Церковно-державні відносини є багатовимірними, зі складною внутрішньою будовою та налаштуваннями, а тому досить непростими для сприйняття взагалі та дослідження зокрема. Саме тому їх осягнення потребувало дбайливого підходу до обрання методологічного інструментарію. Поєднання державно-правових та теологічних аспектів наукової розвідки обумовило використання методів філософсько-світоглядного рівня, а саме традиційної для вітчизняної науки матеріалістичної діалектики, збагаченої синергетичним підходом, як науковою концепцією, покликаною пояснити виникнення узгодженої, кооперативної поведінки в складних самоорганізованих нелінійних системах з різною природою.

Під час дослідження взаємодії церкви та держави в контексті різномудства було використано низку загальнонаукових методів, що надало можливість порівнювати отримані результати, розглянути предмет дослідження з різних точок зору, виявити існуючі закономірності та уникнути однобічності отриманих висновків. Було встановлено, що церковно-державні відносини постають як зако-

нодавчо-унормовані умови соціально-політичної діяльності, що впливають і на державу, і на церкву в їх динаміці. Різниця соціально-політичних умов церков Заходу та Сходу обумовила різні шляхи розвитку двох гілок християнства.

Досить складним виглядає питання різнорідності інтересів церкви та держави на певних етапах їх розвитку. Порівняння таких етапів дозволило виявити певні однорідні періоди генези цих інститутів. Протистояння мало свій прояв не тільки у відокремленні від влади, але й безжалісній боротьбі проти віруючих людей.

Католицька ж церква боялася появи сильної централізованої держави, яка б змогла підпорядкувати її своїм інтересам. Держава та церква не лише взаємодіють між собою, а ще й здійснюють вплив на соціальні процеси загалом. Тому державно-церковні відносини належать до відносин соціально-правового характеру. З одного боку, держава керує церквою, а з другого – церква є саморегулюючою соціальною системою, що має значний вплив на державу.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Історичні витoki взаємозв'язків церкви та держави

Якщо зосередитись на європейському векторі історичного процесу, то за античних часів язичницька релігія ще не стала тою потужною силою, яка могла б створити для держави певну конкуренцію, а відтак не існувало й потреби в генерації державної релігійної політики. Утім, уже в ту історичну епоху античних філософів цікавили питання співвідношення світських та церковних інтересів держави та приватних осіб. Так, Платон учив, що «ідеальна держава» повинна бути всебічною заступницею релігії, виховувати в громадянах благочинність, боротися супротив будь-яких безбожників [1]. В. Віндельбанд зауважував, що Платон робить спробу філософськи обґрунтувати релігійні догмати або, принаймні, довести їх можливість і «вірогідність». У цьому сенсі він є першим богословом [2]. У свою чергу Арістотель проголошував пріоритет інтересів особистості над державними, наполягаючи, що власне держава повинна слугувати громадянам. У релігії він бачив дещо істинне, як у будь-якому загальнопоширеному і давньому переконанні; проте ця істина полягає лише у вірі в божество та в божу природу неба та зірок; «усе інше – міфічні придатки», які філософ виводить частково із схильності людей до антропоморфних уявлень, частково з політичного розрахунку. Утім, він бажав, щоб у державі зберігалася існуюча релігія, і не вимагав ніяких щодо неї перетворень, на кшталт тих, до яких закликав Платон [9; 10; 11].

Лише в 313 р. після Різдва Христового, коли августи Римської імперії Костянтин та Ліциній видали Міланський едикт, відповідно до якого тепер вже християнство проголошувалось «дозволеною релігією» [12], остання починає долучатися до політичного життя. Власне, Костянтина Великого можна вважати чи не єдиним імператором, який адекватно розумів та сприймав відносини віри та держави. Саме його зусиллями імперія начебто отримала єдину віру, а її міць від

цього лише зростає. Утім пізніше це призвело до зворотних наслідків і причиною цього стали ересі.

Коли внаслідок зусиль державників величезна кількість античних язичників почала поповнювати ряди християн, то разом з ними прийшла й звичка до філософських диспутів, адже християнська догматика ще не набула усталеності. Як зазначив А. Гарнак, відбулась гостра еллінізація християнської свідомості [13]. Себто не самі ересі стали загрозою, бо це слово означає «різномудство» (і навіть апостол Павло в посланні до Коринтян пише, що належить бути і різномудству між вами, щоб відкрилися між вами вправні (1Кор. 11:19)), а ставлення до них державної влади та її реакція, бо тепер віра стала не лише моральним, а й ідеологічним підґрунтям держави. Саме скликання імператорами Вселенських соборів і стало спробою створити інструмент, здатний отримати відповідь від ієрархів церкви, що зібралися на ньому, про те, що є справжньою вірою, а що – ганебною ерессю. Механізм запрацював, різномудства вистачало – арианство (I Вселенський собор, 325 р.), несторіанство (III Вселенський собор, 431 р.), монофізитство (IV Вселенський собор, 451 р.), монофелітство (VI Вселенський собор, 680 р.), іконоборство (яке було підтримано Вселенським собором 754 р. та засуджено VII Вселенським собором 787 р., який також постановив не вважати попередній собор 754 р. Вселенським). Усі ці зібрання відбувалися за безпосередньою ініціативою імператора, він же затверджував рішення соборів.

2.2 Особливості відносин християнської церкви та держави

У Середньовіччі християнська церква набуває великої сили завдяки потужному впливу на суспільний розвиток. Саме тоді церква перестала бути «вільним зібранням душ», що прагнули внутрішнього перетворення во Хресті, втративши свою ранньохристиянську сутність, ставши невід'ємною складовою державної влади. У цю епоху церква докладає зусиль, щоб стати панівною в суспільстві, відвівши державі другорядне місце військового та поліцейного захисника церкви. Але не тільки церква мала вплив на суспільство та публічну владу, був і зворотний ефект: той, хто намагається впливати на політику, не захищений від її впливу на себе. Отже, саме політична складова була найпотужнішим фактором, що призвів до розколу християнської церкви – Великої схизми (1054 р.). Навряд чи догматичні питання (як от сходження Святого Духу – «філіокве») стали причиною поділу церкви на східну та західну, бо, як зазначалось, церква мала дієвий механізм розв'язання догматичних суперечностей – Вселенські Собори. Навпаки, догматичні, канонічні, літургічні проблеми стали лише нагодою та способом приховати політичну складову розбрату.

Власне, різниця соціально-політичних умов, у яких опинилась церква на Заході та Сході, обумовила й різні шляхи розвитку двох гілок християнства. Формування католицької церкви пройшло під проводом одного церковного очільника, який протистояв численним, але відносно слабким варварським володарям.

У той же час православна церква розбудовувалась в умовах існування багатьох рівноправних глав церков, які протистояли одному сильному світському володарю – імператору Візантії, який спирався на тисячолітню державну традицію та міг розділяти й протиставляти патріархів один одному, підкорюючи їх своїй політичній волі.

Догматично у християнстві релігійна складова чітко відділена від державної: «Віддавайте кесареве кесареві, а Божее Богові. І дивувались Йому» (Мк. 12: 13–17; Мф. 22: 15–21). Ця євангельська максима стає невичерпним джерелом конфліктів, бо не завжди інтереси церкви збігаються з державними, на що звертав увагу вірян Аврелій Августин [4]. І якщо на Сході потужна держава спромоглася підкорити церкву власним інтересам та ще більше зміцнитися й стабілізуватися, то на Заході, навпаки, сила церкви, її самостійність вийшли за межі, необхідні для стабільності держави.

Розбіжність інтересів церкви та держави в процесі історичної еволюції відбилася й на будові моделей церковно-державних відносин. У Східній Римській імперії наголошувалось, що церковно-державні відносини мають вибудовуватись на принципах співпраці, взаємної підтримки та відповідальності без втручання в компетенції одна одної. Така модель отримала назву модель «симфонії влади», вона формувалась на підставі уявлень про ідеальну форму відносин церкви та держави, де остання визнавала православну церкву найвищою народною святинею¹. За імператором Юстиніаном Великим, найбільшими дарами Божими, даними вищим людинолюбством, є священство і царство. Перше слугує справам божественним, друге очолює суспільство й спостерігає над справами людськими; і те, й інше має спільний початок і гармонійно облаштовує (*κατακοσμοῦσα*) життя людське – та ніщо не є таким важливим для тих, хто царює, як повага ієреїв, які за них постійно молять Бога, бо за умов, що перше буде цілком бездоганим та удостоїться Божої прихильності (*παρρησίας*), а друге буде справедливо та належним чином облаштовувати (*κατακοσμοῦν*) ввірену йому державу, то настане добра згода (*συμφωνία τις ἀγαθή*), яка забезпечить усі існуючі блага роду людському [7]. Проте, на погляд автора, не слід занадто ідеалізувати таке висловлювання імператора, а сприймати його буквально. Юстиніан I говорить про обов'язок імператора щодо охорони догматів віри, забезпечення поваги до священства та дотримання церковних постановлень як державних законів. До того ж, він вважав себе спадкоємцем римських цезарів – верховних першо-жертців (*pontifex maximus*), а відтак і главою Церкви, саме звідси розпочинається сприйняття правителя як помазаника Божого. І це було не лише сприйняття себе як покровителя церкви, він переймався регулюванням управління і побуту

¹ Юстиніану належить перше формулювання принципу «симфонії» – гармонійної співпраці світської та духовної влади. Сформульований у преамбулі до 6-ї новели, цей принцип гармонії між царською та патріаршою владою експліцитно сформульований в юридичній збірці IX ст. «Ісагозі» та продубльований пізніше, в XIV ст., у «Абетковій синтагмі» Матвія Властаря [10; 11].

духівництва, вирішував кадрові питання щодо вищих ієрархів церкви, був посередником, а в разі потреби – суддею у суперечках, що виникали між кліром, підводив ризику щодо догматичних спорів. Отже, навіть за умов ідеалізації моделі симфонії, слід визнати, що практика реалізації зазначеного алгоритму була далекою від ідеалу і відбувалась із значними порушеннями та викривленнями, що дає підстави окремими дослідникам вести мову про фактичне існування моделі «цезарепапізму».

2.3 Зв'язок католицької церкви та держави

Щодо католицької церкви, то її головним кошмаром була вірогідність появи потужної централізованої держави на кшталт нової Римської імперії, яка змогла б підкорити церкву своїм інтересам. Утім, політичні компроміси змусили спочатку папу римського Лева III у 800 р. коронувати Карла Великого короною римських імператорів, проголосивши відродження Західної Римської імперії, а потім й інших великих понтифіків продовжити цю практику, однією рукою коронуючи чергового імператора, а іншою закликаючи до боротьби з ним. У свою чергу, папська теократія та загроза бути позбавленими суверенітету навзаєм лякала імператорів, змушуючи їх вести жорстку боротьбу – відкрити війну, застосування папського полону, сприяти проголошенню антипап тощо. Так, надавши підтримку папі римському Іоанну XII та отримавши з його рук у 962 р. імператорську корону, Оттон Великий здійснив інвеституру щодо папи римського, проголосивши себе верховним сеньйором папських земель та змусивши папу присягати імператорові, визнавши тим самим верховенство імператорської влади над папською.

Слабкість централізованої державної влади більшості європейських країн в XI ст. обумовила потенційну можливість римської курії щодо об'єднання розпорочених сил феодального суспільства. Починаючи з правління папи Григорія VII (1073–1085 рр.), папство, намагаючись посилити ефект від клюнійського руху (модель, запропонована бенедиктинським монастирем Клуній щодо очищення церкви від феодальних та місцевих впливів), перейшло від концепту головування в церковних справах до концепту панування над світськими володарями. Григорій VII вважав, що будь-яка влада дійсна лише тоді, коли вона виходить від глави церкви – намісника Бога на землі, а раз так, то саме вона має призначати та усувати єпископів, герцогів, королів, імператорів. Реалізації цього теократичного плану, який полягав у спробі змусити християнських королів принести ленну присягу апостольському престолу, а відтак і до регулярного поповнення папської казни, не судилося збутися. Утім, така перспектива не дуже сподобалась як окремим монархам, так й імператорам Священної Римської імперії. Як найпотужніша феодальна організація католицька церква була зацікавлена в посиленні феодального режиму. Саме тому папство поставило собі за мету не лише захистити свій матеріальний інтерес, а й об'єднати під своїм пастирським

посохом розрізнені сили феодалів, тим самим посилюючи феодальне землеволодіння в умовах тих смут, що стрясали західний світ.

Отже, і модель церковно-державних відносин тут була іншою, вона будувалась на ідеях, що містились у трактаті Блаженного Августина «Про град Божий» та вченні папи римського Геласія I «про дві влади» – священну владу духовництва та мирську владу монархів [14; 15]. Доктрина «двох мечів» (лат. *doctrina de duo gladii*) виходила з ідеї, що і церковна, і державна влада походять від римського єпископа. З середини XII ст., а особливо активно в XVII ст. у європейській політико-правовій думці стали з'являтися праці, де теоретична проблема верховенства світської та церковної влади отримала нове бачення. Так, Іоан Солсберійський у «Книзі державного діяча» («*Policraticus*») приділяє увагу не верховенству однієї влади над іншою, а потребі повалення світських тиранів, які порушили закони Божі та пригнічують католицьку церкву [5]. Трохи пізніше Марсиль Падуанський у своїй праці «Захисник миру» («*Defensor pacis*») взагалі піддав критиці доктрину двох мечів та висловився за принцип народного консенсусу як підґрунтя світського та церковного правління. На його думку, основною причиною війн, смут і збурень є неправильне уявлення щодо співвідношення сфери впливу церкви та держави, божого та людського законів. Власне, спроби церкви втрутитися у справи світської влади породжують розбрат. І саме народ, а не церква є джерелом політичної влади [6].

У результаті протистояння католицької церкви та західноєвропейських монархів церква опинилася на задвірках політичного життя і була юридично усунута від безпосередньої участі в здійсненні державної влади. Однак, хоча в більшості держав гору взяла світська влада, католицька церква не втратила своїх позицій, продовжуючи розвивати релігійну ментальність у європейської спільноти. Західна церква протягом тисячоліття залишалась єдиним панівним соціально-політичним інститутом, спільним для всіх країн, племен та держав Європи, інститутом, що мав безпосередній вплив на свідомість населення. Ця впливовість поширювалася не лише на суспільство, а й на державні інститути завдяки сакралізації влади, а саме: коронація монархів через папське рукоположення; отримання благословення від верховного понтифіка на здійснення важливих державницьких рішень; прийняття на себе місцевими приходами судових, нотаріальних та інших функцій. Церква стала духовним центром життя європейців.

Щодо правової системи, то тут також відбувалося взаємопроникнення позитивного світського права, церковного канону та звичаєвих норм. Втім, ще на початку християнської ери, авторитетний грецький теолог Оріген (185–254 рр., згодом, спеціальним едиктом Юстиніана I, визнаний еретиком) наполягав на примації природного закону, стверджуючи, що ми маємо справу з двома законами: один – закон природи, винуватцем якого є Бог, другий – закон писаний, що йде від держави. Якщо вони узгоджені між собою, то їх потрібно однаково дотримуватись. Втім, якщо природний, божественний закон велить нам те, що не

збігається із законодавством країни, то останнє законодавство треба залишити без уваги; нехтуючи волею людських законодавців, дослухаючись лише волі божої, які б загрози та труди при цьому не виникали, навіть якби довелось зазнати смерть та ганьбу [3]. Отже, з одного боку – державно-церковна співпричетність, а з другого – протиставлення з яскраво позначеною християнською домінантою.

З початком Нового часу зазнають змін економічні відносини, а разом з ними і соціальне життя суспільства, народжуються нові політико-правові ідеї. Серед інших факторів, що стояли на заваді Відродження та буржуазно-демократичного шляху розвитку була й Римо-католицька церква, у протистоянні якій і починає народжуватись власне Реформація. Дж. Вікліф, Я. Гус, гуманісти епохи Відродження Й. Рейхлін, Е. Роттердамський першими розпочали закладати ідеологічні підвалини реформістського руху.

Католицька церква була не просто консервативною інституцією, що чинила опір прогресивним змінам у суспільстві, а організацією, зрівнятися з якою в жорстокості та авторитарності не може жодна з світових релігій. За тисячу років свого існування ця церква з її пихатим культом необмеженої влади папи відійшла від канону Святого Письма. Християнський рух від секти до церкви відзначений створенням як ідеологічних, так і організаційних форм, які дедалі більше суперечили первинному вченню, та ще й породжували внутрішні суперечності. До того ж, відсутність підпорядкування державній владі обумовило те, що внутрішні конфлікти західної церкви поступово виходять назовні та досягають максимального загострення, створюючи кризу в суспільстві, яка завершилась реформаційним вибухом.

2.4 Моделі взаємодії церкви та держави в епоху Реформації

Реформація заявила про себе не як про щось нове, а як прагнення відновити первинне християнство, повернутися до його витоків. Ця настанова найбільш послідовно була реалізована в лютеранстві та кальвінізмі, основних напрямках протестантизму. М. Лютер, У. Цвінглі, Ж. Кальвін та інші реформатори церкви пропонували особисте трактування змісту християнського Писання, і нове в реформації, це, власне, по-новому зрозуміле й осягнуте старе. Проте такий потужний рух не міг не відчутти на собі впливу проявів плюралізму – різнодумства. Реформація породила численні перехідні, напівреформаційні течії, які намагалися повернутися не до самих витоків первинного християнства, а лише до церкви часів перших Вселенських соборів, бо не всі були готові відмовитися від церковної традиції. До тих, хто повернувся «не до початку» християнського віровчення, можна віднести гуситів, високоцерковне раннє англіканство, окремі німецькі, шведські, французькі течії, які сповідували компроміс між протестантизмом та католицизмом.

Задля здійснення Реформації, яка в одних країнах була викликом лише церковній, а в інших – і церковній, і світській організації, необхідна була, окрім

великої сміливості щодо традиції та авторитетів, підтримка політична. Хоча постійна боротьба церкви і держави дуже розхитувала авторитет обох, створюючи прецеденти непідкори папам та монархам.

Виступаючи з викриттям папського престолу, реформатори, під проводом М. Лютера, отримали заступництво німецьких князів, які поділяли їх погляди. З огляду на це М. Лютер назвав своїх покровителів єпископами та запропонував їм прийняти на себе владні повноваження, що раніше належали єпископам католицької церкви, стосовно релігійної общини свого князівства. Така пропозиція була підтримана рейхстагом Священної Римської імперії германської нації в м. Шпайєрі (1526 р.), і протестантські князі здійснили відділення своїх християнських общин від Римської церкви. Утім, рішення першого Шпайєрського рейхстагу було скасоване, з одного боку, імператором Карлом V, католиком, що прагнув відновлення релігійної єдності імперії, а з другого – самими протестантськими общинами, які стали побоюватися зосередження влади над місцевими церквами в руках князів. Тому М. Лютер скорегував свою позицію, яка стала звучати так: володар повинен піклуватися про зовнішній добробут громади, не втручаючись у її внутрішнє життя [8].

У князівствах, що прийняли Реформацію, громади визнавали верховну владу своїх князів, яким підпорядковувались органи управління громадами – консисторії. Щодо англійського досвіду, то за вказівкою короля Генріха VIII парламент видав низку законів, які передбачали незалежність держави в церковних справах від папи римського. А тягар папських повноважень щодо англіканської церкви король поклав на себе, очоливши її. Обґрунтування цієї концепції, яка отримала назву державної церковності, здійснив голландський теоретик права Г. Гроцій, який виводив верховенство володаря в протестантській церкві з необмеженості його верховної влади. У свою чергу англійський філософ та правник Т. Гоббс був прихильником моделі територіалізму, суть якої визначалась слоганом «чия влада, того й релігія» (*cujus est regio, illius est religio*). Модель включала повний суверенітет володаря на підвладній йому території разом із релігійними громадами, що знаходились на цій території. І всевладність монарха обмежувалась лише його розсудливістю [16; 17; 18; 19; 20].

Запровадження моделі територіалізму передбачало вигнання з держави вірян іншого віросповідання, аніж у носія вищої державної влади. Щодо моделі державної церковності, то вона була більш м'якою, бо в ній релігійна громада, до якої належить монарх, користувалася перевагами державної церкви, а права решти релігійних громад були обмеженими. Саме ця модель і запрацювала в протестантських державах, проте й низка католицьких країн, які не сприйняли реформаційних ідей, запровадили у себе означений алгоритм. До них належали Іспанія, Франція, Польща та кілька німецьких земель, де Реформація зазнала поразки.

Певного правового закріплення модель державної церковності отримала при укладенні Вестфальського миру (1648 р.), який поклав край намірам створити

світову християнську імперію під проводом Габсбургів та придушити реформістський рух у Європі. Статті, що врегульовували конфесійні питання, дещо змінив закріплений Аугсбурзьким релігійним миром (1555 р.) принцип «чия влада, того й релігія». Правовий захист отримали всі релігійні громади, за винятком Австрії, Чехії та Моравії, що знаходились під владою Габсбургів, а також Баварського курфюрства, де продовжував панувати католицизм. До того ж, європейські монархи позбавлялися права визначати релігійну приналежність підданих, утім, визнавалось їхнє верховенство щодо всіх віросповідань на їхній території. Зауважимо, що мирний договір надав католицьким монархам верховну владу над католицькою церквою в їх державах. Таким чином, католицькі й протестантські монархи юридично зрівнялись щодо конфесій у своїх країнах. Утім, це суперечило нормам католицького канонічного права з його теократичними тенденціями та викликало супротив з боку понтифіків. Проте визнання за монархом верховної влади стосовно релігійних громад призвело до того, що віросповідання монарха фактично отримало привілейоване становище, а до решти конфесій застосовувався лише принцип віротерпимості. У такий спосіб модель державної церкви отримала фактичне визнання.

ВИСНОВКИ

Сьогодні особливе значення Реформації для сучасності є загально визнаним серед науковців, навіть зазначається, що парадоксальним чином весь світ став протестантським. І Реформація є позитивною вже тому, що стала своєрідним викликом і навіть рушійною силою для самокритики в галузі традиційних культур та традиційного мислення. Уже не дивує той факт, що ще в XVI ст. іспанці, звертаючи увагу на становлення реформаторської церкви, зауважували, що нідерландська єресь значно сприяє збагаченню. Реформація й особливо пуританський світогляд принесли ідею прогресу на Захід. Світогляд зі статичного, незмінного, заснованого на вічному природному порядку, перетворився на сучасний, рухливий, динамічний у своїй основі. З тих пір динаміка реформ стає однією з основних традицій протестантизму, але водночас реформація порушила баланс світської та церковної влади, бо посилала державу, яка мирним шляхом перемогла в багатосотлітньому протистоянні церкви та світської влади.

Християнському історичному просторові притаманне трактування держави як божою волею встановленої форми людського буття. Відповідно, за біблійськими канонами, світська влада та церква співвідносились одна з одною, як «тілесне» та «духовне», являючи собою на практиці взаємопов'язані політичні механізми, цілепокладанням яких був суспільний порядок як одна з умов стабільності та життєздатності держави. Саме домінантне християнське сприйняття сутності системи держава – церква викликало протиріччя та несло з собою глибокі структурні конфлікти на інституціональному рівні.

Релігія та політика завжди були тісно поєднані між собою. Власне тому релігійна транзитивність не може бути досягнута поза політичною картиною світу. У той же час було б необ'єктивно й недалекоглядно надавати оцінку політичним феноменам без урахування релігійного впливу на їх задум та хід. І навіть зараз, в умовах секуляризованого світу, взаємодія релігійної та політичної сфер не тільки не припинилась, а й напрацьовує нові форми свого співіснування. Обрання моделі державно-церковних відносин та її закріплення в законодавстві країни повною мірою залежить від того, як історично вибудовувались взаємовідносини між державою та церквою, яким є національно-культурне середовище, яка правова система діє в державі, чисельності соціально-культурних груп, що належать до тієї чи іншої релігії. Нехтування цими факторами веде до руйнування національно-культурної та релігійної ідентичності громадян і соціальних потрясінь. Більш того, можливо спостерігати за політизацією самої релігії, що притаманно навіть тим конфесіям, які в минулому наполегливо відмежовувалися від політики. Сучасні виклики людству – війни, терористичні акти, збройні конфлікти – дуже часто мають релігійний присмак. Вочевидь, стабільне співіснування між релігією та політикою – не єдина, хоча й значуща, складова суспільної стабільності. І дуже важливо мати уявлення про те, якими повинні бути ці відносини і як можна створити найбільш конструктивні умови взаємодії релігії та політики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Платон. Государство : собр. соч. в 4 т. / Платон. – Москва : Мысль, 1994.
- [2] Виндельбанд В. Платон / В. Виндельбанд. – Киев : Зовнішторгвидав України, 1993. – 176 с.
- [3] Moin A. Millennial Sovereignty, Total Religion, and Total Politics / A. Moin // *History and Theory*. – 2017. – Vol. 56. – No 1. – P. 54–60.
- [4] Блаженный А. О Граде Божиим / А. Блаженный. – Минск : Харвест, 2000.
- [5] Солсберийский И. Поликратик, или о забавах света и заветах философов: фрагменты. Библиотека в саду: Писатели античности, средневековья и Возрождения о книге, чтении, библиофильстве / И. Солсберийский. – Москва : Книга, 1985.
- [6] Падуанский М. Защитник мира. *Defensor pacis* / М. Падуанский. – Москва : Дашков и К, 2014.
- [7] Максимович К. А. Церковные новеллы св. императора Юстиниана I (527–565 гг.) в современном русском переводе: из опыта работы над проектом / К. А. Максимович // *Вестник Православного Свято-Тихоновского гуманитарного университета*. – 2007. – № 17. – С. 27–44.
- [8] Лютер М. О светской власти, в какой мере люди обязаны ей повиновением. Источники по истории Реформации / М. Лютер. – Москва, 1906.
- [9] Аристотель. О небе : собр. соч. в 4 т. / Аристотель. – Москва : Мысль, 1981.
- [10] Аристотель. Метафизика : собр. соч. в 4 т. / Аристотель. – Москва : Мысль, 1981.
- [11] Аристотель. Политика : собр. соч. в 4 т. / Аристотель. – Москва : Мысль, 1981.
- [12] Лактанций. О смертях преследователей / О. Лактанций. – Санкт-Петербург : Алетейя, 1998.
- [13] Гарнак А. История догматов. Общая история европейской культуры / А. Гарнак. – Санкт-Петербург : Брокгауз-Ефрон, 1911.

- [14] The letter of Pope Gelasius I to the Emperor Anastasius I (of 491) is Ep. I. (2014). Pope Gelasius I, The Letters Of Gelasius I (492–496): Micro-manager and Pastor of the Church of Rome. Turnhout: Brepols.
- [15] Thiel A. *Epistolae Romanorum Pontificum Genuinae et quae ad eos scriptae sunt a S. Hilario usque ad Pelagium II* / A. Thiel. – Braunsberg : Olms, 1868.
- [16] Shiffrin S. H. *The Religious Left and Church-State Relations* / S. H. Shiffrin. – New Jersey : Princeton University Press, 2012.
- [17] Long E. Yet Another Threat to Religious Freedom? Continuity and Change in the Church-State Debate / E. Long // *Journal of Church and State*. – 2018. – Vol. 60. – No 1. – P. 1–21.
- [18] Hrynkow Ch. W. Taking Rites Seriously: Law, Politics, and the Reasonableness of Faith. By Francis J. Beckwith / Ch. W. Hrynkow // *Journal of Church and State*. – 2018. – Vol. 60. – No 1. – P. 136–139.
- [19] Waldrep Ch. The Use and Abuse of the Law: Public Opinion and United Methodist Church Trials of Ministers Performing Same-Sex Union Ceremonies / Ch. Waldrep // *Law and History Review*. – 2012. – Vol. 30. – No 4. – P. 953–1005.
- [20] Kirsch A. Red catechisms: socialist educational literature and the demarcation of religion and politics in the early 19th century / A. Kirsch // *Religion*. – 2018. – Vol. 48. – No 1. – P. 8–36.

REFERENCES

- [1] Platon. (1994). *The state*. Moscow: Mysl.
- [2] Vindelband, V. (1993). *Platon*. Kyiv: Zovnishtorgvidav Ukraini.
- [3] Moin, A. (2017). Millennial Sovereignty. Total Religion, and Total Politics. *History and Theory*, 56(1), 54–60.
- [4] Blazhenny, A. (2000). *About the City of God*. Minsk: Kharvest.
- [5] Solsberiykiy, I. (1985). *Politician, or about the fun of light and the covenants of the philosophers: fragments*. Library in the Garden: Writers of Antiquity, Middle Ages, and Renaissance on the book, reading, bibliophystey. Moscow: Kniga.
- [6] Paduanskiy, M. (2014). *Defender of the world*. Defensor pacis. Moscow: Dashkov i K.
- [7] Maksimovich, K. A. (2007). Church Stories St. Emperor Justinian I (527-565) in modern Russian translation: from the experience of working on the project. *Journal of the Orthodox Saint Tikhonov Humanitarian University*, 17, 27–44.
- [8] Lyuter, M. (1906) *About secular power, to what extent people owe her obedience. Sources on the history of the Reformation*. Moscow: Mysl.
- [9] Aristotel (1981). *About the sky*. Moscow: Mysl.
- [10] Aristotel (1981). *Metaphysics*. Moscow: Mysl.
- [11] Aristotle (1981). *Politics*. Moscow: Mysl.
- [12] Laktantsiy. (1998). *About deaths of persecutors*. St. Petersburg: Aleteyya.
- [13] Garnak, A. (1911). *History of dogmas*. General History of European St. Petersburg: Brokgauz-Yefron.
- [14] The letter of Pope Gelasius I to the Emperor Anastasius I (of 491) is Ep. I. (2014). Pope Gelasius I, The Letters of Gelasius I (492-496): Micro-manager And Pastor of The Church of Rome. Turnhout: Brepols.
- [15] Thiel, A. (1868). *They are genuine, and of the Roman Pontiffs from the Epistle of S. Hilari as far as to the things which were written on the teaching of Pelagius unto them II*. Braunsberg: Olms.

- [16] Shiffrin, S. H. (2012). *Shiffrin. The Religious Left and Church-State Relations*. New Jersey: Princeton University Press.
- [17] Long, E. (2018). Yet Another Threat to Religious Freedom? Continuity and Change in the Church-State Debate. *Journal of Church and State*, 60(1), 1–21.
- [18] Hrynkow, Ch.W. (2018). Taking Rites Seriously: Law, Politics, and the Reasonableness of Faith. By Francis J. Beckwith. *Journal of Church and State*, 60(1), 136–139.
- [19] Waldrep, Ch. (2012). The Use and Abuse of the Law: Public Opinion and United Methodist Church Trials of Ministers Performing Same-Sex Union Ceremonies. *Law and History Review*, 30(4), 953–1005.
- [20] Kirsch, A. (2018). Red catechisms: socialist educational literature and the demarcation of religion and politics in the early 19th century. *Religion*, 48(1), 8–36.

Володимир Євгенійович Кириченко

Доктор юридичних наук, професор
Кафедра загальноправових дисциплін
Харківський національний університет внутрішніх справ
61000, проспект Льва Ландау, 27, Харків, Україна

Владимир Евгеньевич Кириченко

Доктор юридических наук, профессор
Кафедра общеправовых дисциплин
Харьковский национальный университет внутренних дел
61000, проспект Льва Ландау, 27, Харьков, Украина

Vladimir E. Kirichenko

Doctor of Law, Professor
Department of General Legal Disciplines
Kharkiv National University of Internal Affairs
61000, 27 Lev Landau Ave., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Кириченко В. Є. Церковно-державні відносини в контексті релігійного різнодумства / В. Є. Кириченко // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 65–78.

Suggested Citation: Kirichenko, V. E. (2018). Church-state relations in the context of religious heresy. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 65–78.

Стаття надійшла / Submitted: 04/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 16/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 19/03/2018

Тетяна В'ячеславівна Комарова

Кафедра міжнародного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна

ОРГАНІЗАЦІЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Анотація. Суд справедливості Європейського Союзу, у складі Суду справедливості й Загального суду, став тим інститутом, що сприяв становленню правової системи Європейського Союзу, яка набула унікальних рис, що відрізняють її від усіх інших правових систем. Внутрішня побудова судових інстанцій в ЄС відбиває їх різне функціональне призначення. Через те, що Суд справедливості виконує конституційні функції, розглядаючи найважливіші для правопорядку ЄС позови від інститутів ЄС, держав-членів і преюдиціальні звернення від їх національних судів, засідання цього Суду проводяться у складі палат або Великої палати. У той же час Загальний суд відкриває провадження за позовами приватних осіб, які більш схожі на адміністративні (правосудні функції), тому справи у Загальному суді можуть розглядатися суддею одноособово. У цілому еволюція судової системи ЄС, з одного боку, певним чином віддзеркалює успіхи європейської інтеграції та ефективність механізмів судового захисту, а з другого – підтверджує необхідність удосконалення цих механізмів, що важливо для теоретичного осмислення, власне, практики Суду й тенденції розвитку судової системи.

Ключові слова: Європейський Союз, судова система Європейського Союзу, юрисдикція Суду справедливості ЄС, європейська інтеграція.

Татьяна Вячеславовна Комарова

Кафедра международного права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
Харьков, Украина

ОРГАНИЗАЦИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Аннотация. Суд справедливости Европейского Союза в составе Суда справедливости и Общего суда стал тем институтом, который способствовал становлению правовой системы Европейского Союза, которая, в свою очередь, приобрела уникальные черты, отличающие ее от всех других правовых систем (как национальных, так и международных). Внутренняя структура судебных инстанций в ЕС отражает их разное функциональное предназначение. Из-за того, что Суд справедливости выполняет конституционные функции, рассматривая наиболее важные для правопорядка ЕС иски институтов ЕС и государств-членов, а также преюдициальные обращения их национальных судов, его заседания проводятся в составе палат или в составе Большой палаты. В то же время Общий суд ведет производство по искам частных лиц, которые больше схожи с административными (правосудные функции), поэтому дела в Общем суде могут рассматриваться судьей единолично. В целом эволюция судебной системы ЕС, с одной стороны, отображает успехи европейской интеграции и эффективность механизмов судебной защиты, с другой – подтверждает необходимость усовершенствования этих

механизмов, что очень важно для теоретического осмысления практики Суда и тенденций развития судебной системы.

Ключевые слова: Европейский Союз, судебная система Европейского Союза, юрисдикция Суда справедливости ЕС, европейская интеграция.

Tatiana V. Komarova

*Department of International Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

ORGANIZATION OF THE JUDICIAL SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION

Abstract. *The Court of Justice of the European Union, which as a part of the Court of Justice and the General Court has become the driving force, which helped in the establishment of European Union legal system, which in its turn acquired unique features, distinguishing it from other legal systems (national and international). The internal organization of judicial instances in EU reflects their different functional purposes. Due to the fact that The Court of Justice fulfills the constitutional functions, dealing with the most important for the EU legal order cases against EU institutions and Member States, and also preliminary references from their national courts, the Court of Justice is sitting in the chambers or in the Grand Chamber. In that time, the General Court manages the proceedings for claims of private persons, which are more similar to administrative functions that is why cases in the General Court can be carried out by the one judge. From the one hand, the evolution of the European Union judicial system reflects the success of European integration and effectiveness of the mechanisms of judicial protection, and, in the other shows the necessity of improvement these mechanisms, what is very important for theoretical understanding of the Court's practice and the tendencies of judicial system development.*

Keywords: the European Union, the judicial system of the European Union, the Jurisdiction of the Court of Justice of the European Union, the European integration.

ВСТУП

Судова система – одна з основних підвалин сучасних міжнародних демократичних інтеграційних систем. Європейський Союз не є винятком, тим паче, що він позиціонує себе саме як демократична організація¹, що опікується, у першу чергу, інтересами народів Європи, а не урядів. Внесок судової влади у розвиток ЄС не можна переоцінити [1, с. 254–287; 2, с. 171–202; 3, с. 188–208].

Коли ми ведемо мову про судову систему ЄС, доцільно встановити термінологічну ясність, оскільки остання редакція установчих договорів вводить таке поняття, як «Суд справедливості Європейського Союзу», який використовується

¹ У своїй промові перед Європейським парламентом 13 вересня 2017 р. Жан-Клод Юнкер, Президент Європейської комісії, якою він оголосив про початок глибокої реформи ЄС, дуже влучно висловився, що «демократичніший» Союз означає також і «ефективніший» Союз (Промова Ж.-К. Юнкера, 2017).

ся на позначення всієї судової системи ЄС (є комплексним) та уособлює судову владу Союзу. У свою чергу, Суд справедливості Європейського Союзу складається із Суду справедливості, Загального суду і спеціалізованих судових палат, а отже, коли йдеться про практику усіх судових ланок, то доцільніше говорити про практику Суду справедливості ЄС, який досить часто називають Судом ЄС, тобто застосовуючи для усієї судової системи Союзу загальну назву. Більш того, у судовій системі ЄС не закріплена жодна ієрархія: формально Суд справедливості не є головною інстанцією відносно Загального суду і спеціалізованих судових палат, тож, кожен із них робить відповідний внесок у розвиток правової системи Союзу. Саме тому ми вважаємо найдоцільнішим вживати на позначення судової влади у всьому Союзі саме поняття Суд ЄС як сукупність рівноцінних ланок єдиної судової системи.

При дослідженні судової системи ЄС варто зазначити, що інституційна система ЄС є унікальною, оскільки вона не схожа ані на організаційні системи класичних міжнародних організацій, ані на організацію влади у державах-членах. Це, безперечно, пов'язано із правовою природою ЄС. У доктрині права ЄС прийнято вирізняти три концепції правової природи ЄС: міжнародну, федеративну і змішану, або інтеграційну. Уже стало звичним, що перші дві концепції виявляються менш життєздатними, оскільки ЄС не можна в чистому вигляді віднести ані до класичних міжнародних міждержавних організацій, ані до федеративної держави, хоча, безумовно, багато запозичень з їх побудови існує. Найбільш доречною є характеристика ЄС як унікальної наднаціональної інтеграційної організації із своєю правовою системою *sui generis*. У зв'язку з цим виник такий термін, як «наднаціональний федералізм» [4, с. 1–27], який якраз і поєднує існування незалежних суверенних держав – членів ЄС із існуванням наднаціональної влади над ними суто у тих сферах, які вони передали до компетенції ЄС.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

З метою вирішення суперечок між суб'єктами європейської інтеграції, а також забезпечення цілісності та узгодженості права європейських інтеграційних організацій шляхом відповідного тлумачення його норм була створена Судова система ЄС. Забезпечення безконфліктної взаємодії норм права ЄС та внутрішнього права держав членів як передумови для нормального функціонування організаційно правового механізму європейської інтеграції, також стало важливим завданням судової системи ЄС. Питання присвячені функціонуванню судових установ ЄС досліджували багато вчених правознавців Р. Петрова, В. Опришко, Ж. Рідо, Н. Феннелі, В. Муравйова та ін.

Як відомо, Суд ЄС виконує функції касаційного, конституційного і частково адміністративного судів. Від кожної держави-члена до складу Суду входить один суддя, цим суддям допомагають вісім генеральних адвокатів. Обов'язком Генерального адвоката, який діє абсолютно неупереджено та незалежно, є по-

дання у відкритому суді обґрунтованих позицій у справах, які вимагають його участі. Термін повноважень усіх членів Суду – шість років. По його закінченні судді і генеральні адвокати, як правило, призначаються знову. Кількість повторних призначень не обмежена, так що деякі члени Суду перебувають у його складі десятиліттями. Слід додати, що посада генерального адвоката часто служить для призначення в майбутньому того, хто її обіймає, повноправним суддею. Часткова зміна суддів та Генеральних адвокатів відбувається кожні три роки. Відповідно, в цей період заміщуються посади половини суддів (вісім або сім) і генеральних адвокатів (чотири).

Суд ЄС виконує дві основні функції:

- перевіряє документи, видані європейськими інституціями та урядами, на відповідність договорам;
- на запит національних судів тлумачить право Спільноти.

При розгляді поданих справ, Суд ЄС зобов'язаний діяти як незалежний і неупереджений арбітр, який виносить свої рішення виключно за правовими мотивами, а не з міркувань політичної доцільності. У зв'язку з цим у правовій доктрині ЄС Суд ЄС часто характеризується як «неполітичний» інститут.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Унікальна правова природа ЄС впливає на структуру, цілі й функції усіх його інститутів, органів і агентств, а також поділ влади між ними. Не заглиблюючись у характеристику функцій кожного з інститутів ЄС, слід, однак, вказати, що Суд ЄС виконує декілька функцій, які не є звичними у розумінні міжнародного правосуддя, яке, як правило, зосереджено на спорах між державами, а права приватних осіб воно захищає іноді, лише із санкціонування на це державами. Отже, Суд ЄС виконує функції міжнародного, адміністративного, федерального, конституційного суду. Ця позиція підтримується як самим Судом ЄС, так і доктриною, яка прослідковує еволюцію Суду від міжнародного до конституційного та його, так би мовити, певну гібридизацію [5; 6; 7].

2.1 Функції судової влади в Європейському Союзі

Функції Суду ЄС знаходять своє відображення у його юрисдикції. Міжнародна юрисдикція полягає у можливості розгляду спорів між державами – членами ЄС і закріплена у ст. 273 Договору про функціонування ЄС. Так, Суд має юрисдикцію в будь-яких спорах між державами-членами, що пов'язані з предметом регулювання Договорів, якщо спір передано йому за спеціальною угодою між сторонами. Якщо держава-член не виконує зобов'язання за установчими договорами, то будь-яка інша держава-член може передати відповідну справу до Суду (ст. 259 Договору про функціонування ЄС). Проте слід зазначити, що з усього масиву практики Суду ЄС кількість позовів за міжнародною юрисдикцією є мізерною, оскільки держави досить неохоче вступають у відкриту конфронтацію

одна з одної. У оскарженні невиконання державами-членами своїх зобов'язань за установчими договорами більш активними є Комісія й опосередковано приватні особи, які можуть звернутися до Комісії, яка, у свою чергу, ініціює судове провадження за ст. 258 Договору про функціонування ЄС. Саме на Комісію покладений обов'язок контролювати дотримання державами – членами ЄС своїх зобов'язань за установчими договорами (ч. 1 ст. 17 Договору про ЄС). Приватні особи відіграють при цьому значущу роль, оскільки переважна більшість розслідувань Комісії ініціюється завдяки їх зверненням. Так, у 2016 р. до Комісії надійшло 3783 звернення від третіх осіб у порівнянні із 520 самостійно ініційованими розслідуваннями [8]. Цей факт є ще одним підтвердженням того, що правова система ЄС – це правова система, яка зорієнтована передусім на приватних осіб, а не на держави-члени.

Крім того, Суд ЄС може виконувати роль і міжнародного третейського суду, коли він реалізує свою юрисдикцію за ст. 271 Договору про функціонування ЄС й ухвалює рішення відповідно до арбітражних застережень, які містяться в контрактах, укладених ЄС або від його імені, незалежно від того, регулюється цей контракт публічним чи приватним правом.

Суд ЄС виконує функції адміністративного суду, здійснюючи захист прав приватних осіб та держав-членів від неправомірних дій (нелегітимних актів чи бездіяльності) інститутів, органів, агентств ЄС. У цій ролі Суд ЄС виступає найчастіше, оскільки за цим видом юрисдикції надходить найбільша кількість позовів. Крім того, йому відповідно до статей 263 і 265 Договору про функціонування ЄС дозволяється розглядати спори за позовами від інститутів ЄС і приватних осіб по оскарженню актів інститутів ЄС, а за ст. 268 Договору про функціонування ЄС – щодо відшкодування збитків, завданих інститутами або службовцями Союзу, у випадку позадоговірної відповідальності (аналіз цієї юрисдикції і процедур її реалізації [1, с. 254–287; 9, с. 17–31; 10; 11, с. 509–521; 12, с. 575–600; 13, с. 72–95; 14, с. 61–79; 15, с. 90–101; 16, с. 12; 17, с. 511–516]).

Найцікавішою є конституційна і федеральна юрисдикція Суду ЄС, що реалізовується у порядках, встановлених у ст. 263 Договору про функціонування ЄС, коли Суд здійснює перевірку актів Союзу на відповідність установчим договорам, які, по суті, виконують роль конституції ЄС, і ч. 11 ст. 218 Договору про функціонування ЄС щодо сумісності запланованої міжнародної угоди із установчими договорами. У зв'язку з цим можна навести приклад із ухваленням двох висновків Суду ЄС щодо приєднання Союзу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., у яких Суд висловлює позицію про неможливість ЄС приєднатися до Конвенції через несумісність із положеннями установчих договорів [18; 19].

Конституційний контроль допомагає зберегти один із фундаментальних принципів права ЄС – його верховенство, що дозволяє успішно функціонувати наднаціональному правопорядку на рівні із 28 національними правопорядками.

У випадку із наведеним прикладом щодо неможливості приєднатися ЄС до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод Суд підкреслив, що за умови приєднання, у разі, коли права, гарантовані Хартією про основоположні права ЄС, кореспондуються із правами, гарантованими Конвенцією¹, можуть виникати випадки, коли Європейський суд з прав людини у змозі винести рішення, що будуть зобов'язувати інститути ЄС, а отже, і запроваджувати зовнішні механізми контролю, передбачені Конвенцією, і, зокрема, з боку Європейського суду з прав людини. Ця ситуація є такою, що протирічить верховенству, єдності й ефективності права ЄС.

У межах конституційної функції Суду слід виокремити його преюдиціальну юрисдикцію стосовно звернень національних судів щодо тлумачення установчих договорів, дійсності й тлумачення актів інститутів ЄС, органів або установ ЄС (ст. 267 Договору про функціонування ЄС). Саме ця юрисдикція Суду ЄС дозволила йому стати тим інститутом, що розвиває правопорядок Союзу. По суті, у цій процесуальній формі Суд ЄС розвинув базові принципи права ЄС, а саме: його прямої дії, верховенства права і відповідальності держав-членів за його порушення. Зважаючи на це, майже всі науковці називають преюдиціальну процедуру наріжним каменем усієї правової системи Союзу [20, с. 1–13; 21; 22, с. 5; 23, с. 1791–1796; 24, с. 1701–1726; 25, с. 1663–1700]. Саме завдяки преюдиціальній процедурі можемо говорити про конституціоналізацію права ЄС.

2.2 Організаційна структура судової системи Європейського Союзу

Маючи надшироку юрисдикцію, судова влада у ЄС набула відповідну організаційну структуру, яка відбиває функціональне спрямування кожної з її ланок. Так, у 1989 р. для розвантаження Суду справедливості був створений Суд першої інстанції (далі – СПІ), а для розвантаження СПІ у 2004 р. – спеціалізована судова палата, а саме Трибунал з питань цивільної служби ЄС (щодо результатів діяльності й ефективності Трибуналу з питань цивільної служби [26, с. 1873–1913]. Усе це дозволило судовій системі ЄС справлятися із великим масивом справ і підвищувати ефективність судочинства. Проте у 2016 р. влада ЄС прийняла рішення про припинення діяльності Трибуналу з питань цивільної служби ЄС, а у відповідь на це вдвічі збільшити суддівський корпус Загального суду (перейменованій СПІ), який перебрав на себе юрисдикцію Трибуналу. У цьому випадку вперше за історію існування Суду ЄС рішення стосувалося не створення нової ланки для розвантаження судів, а збільшення кількості суддів.

Отже, на теперішній час судова система у ЄС (Суд ЄС) складається із Суду справедливості та Загального суду. Однак передбачена можливість створення

¹ Прикладом такого кореспондування може бути те, що Загальний суд ЄС у рішенні по справі *Chalkor* визнав, що ст. 47 Хартії про основоположні права ЄС, яка гарантує групу прав щодо справедливого суду, є еквівалентною ст. 6 ЄКПЛ (рішення C-386/10).

спеціалізованих судових палат з окремих видів позовів або проваджень в особливих галузях.

Правова регламентація організації судової влади у ЄС здійснена безпосередньо в положеннях установчих договорів, а також у Статуті Суду ЄС (є невід'ємною частиною Договору про функціонування ЄС у вигляді Протоколу №3), Регламенті Суду справедливості та Регламенті Загального суду тощо.

До складу **Суду справедливості** входить один суддя від кожної держави-члена. Суду допомагають генеральні адвокати. На даний момент Суд справедливості складається із 28 суддів та 11 генеральних адвокатів. До складу **Загального суду** входить щонайменше один суддя від кожної держави-члена. Кількість суддів визначається Статутом Суду ЄС, в якому може передбачатися те, що Загальному суду допомагають генеральні адвокати. До 1 вересня 2016 р. до складу Загального суду входило по одному судді від кожної держави-члена, тобто 28 суддів, але після припинення існування Трибуналу з питань цивільної служби його склад було збільшено вдвічі. На це рішення вплинув ряд факторів, а саме: кількість нових справ, що надходили до Загального суду, наділеного широкою юрисдикцією, постійно збільшувалася; передання юрисдикції Трибуналу з питань цивільної служби, що припинив свою діяльність; занадто велика тривалість процесу розгляду справ, яка стала неприйнятною у контексті положень ст. 47 Хартії про основоположні права ЄС і ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод; зростання кількості правових актів інститутів, органів і агентств ЄС, з якими працює Загальний суд, а також ускладнення справ, які ініціюються перед ним, особливо у сферах конкуренції, державної допомоги й інтелектуальної власності. Тож, беручи до уваги посилення навантаження на Загальний суд та вищеназвані фактори, Парламент та Рада ЄС прийняли Регламент (ЄС, Євратом) 2015/2422 щодо внесення змін до Протоколу №3 Статуту Суду правосуддя ЄС від 16 грудня 2015 р. (*Регламент 2015/2422*). Відповідно до цих змін кількість суддів у Загальному суді фіксується на рівні 56 (по два судді від кожної держави-члена), і це збільшення суддівського корпусу відбувається у три етапи: 25 грудня 2015 р. призначаються 12 нових суддів; 1 вересня 2016 р. разом із переданням юрисдикції Трибуналу з питань цивільної служби до Загального суду переходять 7 суддів, які виконували у ньому обов'язки, а також персонал та усі технічні ресурси; 1 вересня 2019 р. дев'ять нових суддів мають обійняти посади без залучення нових членів секретаріату та іншого адміністративного персоналу. Такі реорганізаційні заходи мають слугувати забезпеченню ефективності діяльності Загального суду у поєднанні із принципом рівності усіх суддів.

Окремо хотілося б звернути увагу на положення Регламенту, яке рекомендує державам-членам впроваджувати гендерну рівновагу при призначенні суддів до Загального суду. Так, Регламент пропонує при частковому оновленні суддівського корпусу Загального суду призначати по одному чоловіку й одній жінці

від кожної держави-члена, але із дотриманням усіх вимог, встановлених установчими Договорами для процесу призначення.

На теперішній час у Загальному суді налічується 45 суддів. На відміну від Суду справедливості, у Загальному суді ще не був створений інститут генеральних адвокатів, хоча така можливість передбачена ч. 1 ст. 254 Договору про функціонування ЄС, але у виключних випадках роль генерального адвоката може виконувати суддя Загального суду.

2.3 Внутрішня побудова судових інстанцій у Європейському Союзі

Розглядаючи організацію судової системи ЄС, слід також зупинитися на внутрішній побудові судових інстанцій ЄС. Структури Суду справедливості та Загального суду певним чином схожі, але із тією відмінністю, що Суд справедливості завжди засідає колегіально, а у Загальному суді існує можливість вирішувати справи суддею одноособово. Це, знов-таки, відбиває різне функціональне призначення цих інстанцій. Так, Суд справедливості виконує конституційні функції, розглядаючи найважливіші для правопорядку ЄС позови інститутів ЄС, держав-членів та преюдиціальні звернення від їх національних судів, а Загальний суд – правосудні функції за позовами приватних осіб, провадження у таких справах більш схожі на адміністративні. Саме через це ст. 251 Договору про функціонування ЄС встановлює, що засідання Суду справедливості проводить у складі палат або у складі Великої палати згідно з правилами, встановленими для цих цілей у Статуті Суду ЄС. Якщо це передбачено Статутом, Суд може також засідати у повному складі. Щоправда, наведена стаття установчого Договору не закріплює кількісний склад палат, а відсилає до Статуту Суду ЄС. Диспозитивний характер цієї норми дозволяє легше пристосовуватися до змін членського складу ЄС, збільшення кількості суддів без внесення змін до установчих договорів, що є доволі довготривалим і часто заполітизованим процесом. Ці тонкощі були враховані державами-членами й інститутами ЄС під час впровадження Ніццької реформи 2001 р. (детальніше щодо реформи судової системи, закладеної Ніццьким договором [27, с. 499–523], адже до неї кількісний склад палат закріплювався безпосередньо в Договорі про Європейське співтовариство (колишня ст. 221 Договору про Європейське співтовариство зазначала, що Суд міг створювати колегії у складі трьох, п'яти і семи суддів).

Чинна редакція ст. 16 Статуту Суду ЄС встановлює, що **Суд справедливості** засідає у **палатах по три і п'ять суддів**, а кожна з них, у свою чергу, має обрати голову зі свого складу. Так, у палатах із п'яти суддів голови обираються з її складу строком на п'ять років із однією можливістю повторного переобрання, а в палатах із трьох суддів – на один рік.

Суд справедливості може засідати і у складі **Великої палати**, яка складається з п'ятнадцяти суддів при головуванні Голови Суду справедливості. Окрім Голо-

ви Суду справедливості, до складу Великої палати входять Віце-голова Суду справедливості, три голови палат з п'яти суддів. Суд засідає у складі Великої палати у разі, коли держава-член чи інститут ЄС, які виступають стороною у справі, вимагають цього. Саме Велика палата – це той структурний елемент у Суді справедливості, який розглядає найбільш важливі справи, що можуть стосуватися основ права ЄС, і саме тому до її складу входять найповажніші судді Суду. Раніше цю функцію виконував Суд у повному складі, але величезне навантаження і збільшення суддівського корпусу ускладнювали цю роботу.

До сказаного варто додати, що завдяки реструктуризації Суду на цей час знайдено баланс між ефективністю, якістю й оптимізацією процесу винесення ним рішень. Слід зауважити, що при запровадженні Ніццької реформи певні науковці висловлювали побоювання з приводу того, що закріплення такого складу Великої палати (наприклад, голів палат по п'ять суддів), навпаки, може заважати повноцінному функціонуванню Суду, оскільки голови палат мають відкладати там справи і брати участь у засіданнях Великої палати. Однак ці побоювання не виправдалися, і підтвердженням цьому може слугувати статистика, яка показує, що основний масив справ вирішується палатами, а кількість справ, розглянутих Великою палатою, не може становити загрози і блокувати діяльність палат. Так, у 2016 р. палатами по три судді було винесено 282 рішення¹, палатами по п'ять суддів – 300, Великою палатою – 54 [28].

Статут Суду передбачає можливість засідання Суду справедливості у **повному складі** у випадках, передбачених ч. 2 ст. 228 (звільнення Омбудсмена ЄС), ч. 2 ст. 245, ст. 247 (звільнення комісарів ЄС), ч. 6 ст. 286 (звільнення членів рахункової палати) Договору про функціонування ЄС. Крім того, якщо Суд кваліфікує ту чи іншу справу як винятково важливу, він може після заслуховування генерального адвоката прийняти рішення про направлення справи на вирішення повного складу Суду справедливості. Зрозуміло, у повному складі Суд справедливості засідає у виняткових випадках. У середньому це становить по одній справі на рік, а іноді – жодної. Так, у 2016 р. жодної справи не було вирішено повним складом Суду справедливості.

Щодо складу **Загального суду**, то установчий Договір обмежується констатацією того, що положення договорів щодо Суду справедливості застосовуються до Загального суду, якщо Статутом Суду ЄС не передбачено інше. Звертаючись до Статуту, можемо побачити схожість із вищезазначеними особливостями, оскільки ст. 40 закріплює, що Загальний суд засідає у **палатах по три і п'ять суддів**. Так само в палатах із п'яти суддів голови обираються з її складу строком на п'ять років із однією можливістю повторного переобрання, а в палатах із трьох суддів – на один рік.

¹ У даному контексті термін «рішення» використовується для загального позначення всіх актів, винесених Судом: як рішень, та і висновків та наказів.

В окремих випадках, визначених Регламентом Загального суду, він може засідати у **повному складі** або суддя засідає **одноособово**. Також Регламент встановлює випадки, коли Загальний суд засідає у **Великій палаті**, яка складається з п'ятнадцяти суддів. Так, відповідно до Регламенту Загального суду, коли справа є складною з правової точки зору або становить виключну важливість, або має надзвичайні обставини, вона може бути передана на розгляд Великої палати, яка складається із п'ятнадцяти суддів, або палаті з п'яти чи палаті з іншим кількісним складом суддів – це може бути як менший, так і більший склад (ст. 28 Регламенту Загального суду). Таке рішення приймає пленум Загального суду на пропозицію палати, яка розглядає справу, або Голови Загального суду на будь-якій стадії розгляду за власною ініціативою або за клопотанням сторони по справі. У випадку, коли держава-член або інститут ЄС, які є стороною по справі, просять про це, справа має розглядатися у палаті, не меншій ніж п'ять суддів.

Щодо одноособового розгляду справ у Загальному суді, то це стало новаторством, яке планувалося як таке, що дозволить подолати судову кризу у ЄС, пов'язану із строками розгляду справ. Із такою ініціативою виступив сам Суд ЄС, вказуючи на велике навантаження і вбачаючи у відході від принципу колегіальності можливість розгляду більшої кількості справ. Крім того, Суд відмітив, що більшість держав – членів ЄС користується такою процедурою в національному судочинстві, що, у свою чергу, допомагає їм розвантажити судову систему. Хоча інститути ЄС, зокрема, Парламент, Комісія і Рада, поставилися до цієї пропозиції дуже скептично [29], відповідне рішення було прийняте.

Стаття 29 (3) Регламенту Загального суду встановлює виключний перелік випадків, коли справа може бути делегована до одноособового розгляду судді. Так, коли справа передана на розгляд палати у складі трьох суддів і суддя-доповідач вважає, що вона не становить складності по питаннях права або фактів, а також що вона не є важливою, то ця справа може бути делегована до одноособового розгляду у випадках:

1) позовів проти рішень Апеляційного органу Офісу з інтелектуальної власності ЄС та тих, які стосуються застосування правил режиму інтелектуальної власності (ст. 171 Регламенту Загального суду);

2) позовів фізичних і юридичних осіб щодо скасування нелегітимного правового акта ЄС (ч. 4 ст. 263 Договору про функціонування ЄС), щодо нелегітимної бездіяльності інститутів ЄС (ч. 3 ст. 265 Договору про функціонування ЄС), позовів про відшкодування збитків, завданих установами або службовцями ЄС, у разі позадоговірної відповідальності (ст. 268 Договору про функціонування ЄС), спорів між ЄС і його службовцями (ст. 270 Договору про функціонування ЄС) у разі, якщо на розгляд виносяться питання, по яких вже існує практика, або якщо справа становить частину серії справ, по одній з яких рішення вже винесене;

3) справа стосується арбітражного застереження, що міститься у контракті (ст. 272 Договору про функціонування ЄС).

Як видно, рішення про одноособовий розгляд справи суддею може бути прийняте лише щодо справи, яка призначена до розгляду палаті з трьох суддів. Розподіл справ по палатах є індикатором важливості тих юридичних питань, які в них піднімаються. Тож, якщо справа розподілена до розгляду в палаті п'яти суддів, у Великій палаті або тим більше до розгляду повним складом Суду, то сам цей факт свідчить про її складність і важливість, а це, по суті, робить неможливим її розгляд одним суддею. При цьому установчими договорами визначено ряд випадків, коли одноособовий розгляд справи заборонений:

1) коли позов стосується анулювання акта загального застосування;

2) у спорах між ЄС та його службовцями (ст. 270 Договору про функціонування ЄС), які базуються на актах загального застосування, якщо ані Суд справедливості, ані Загальний суд ще не виносили подібних рішень;

3) коли справа стосується імплементації правил щодо конкуренції або контролю за злиттям, щодо державної допомоги, заходів захисту торгівлі, організації спільного сільськогосподарського ринку.

Рішення про делегування розгляду справи одноособово має бути прийняте колегією з трьох суддів після заслуховування сторін по справі. У разі заперечень з боку держав-членів або інститутів ЄС, які є сторонами у справі, делегування відбутися не може¹. Крім того, якщо вже після делегування суддя, якому передана справа на одноособовий розгляд, вирішить, що вже не існує достатніх підстав для цього делегування, він має повернути справу назад до палати. Усі ці правила покликані служити фільтром і певним бар'єром від передачі суттєвих для правопорядку ЄС справ на одноособовий розгляд і збереженню таким чином єдності права ЄС.

Статистика Загального суду 2016 р. щодо винесення рішень показує таке: палатами по три судді було винесено 654 рішення², палатами по п'ять суддів – 12, одноособово – 5, як Велика палата, так і Загальний суд у повному складі не засідали жодного разу [28]. Тож, побоювання, що одноособовий розгляд справ може підірвати єдність практики Загального суду, не справдилися, оскільки самі сторони з великою обережністю ставляться до такої процедури і, таким чином, приблизно 1% справ вирішується суддею одноособово. Крім того, сам Регламент Загального суду встановлює цілий комплекс обмежувальних вимог. Так, більшість справ, які розглядаються Загальним судом, стосується правил

¹ Із цього приводу окремо хочеться підкреслити, що приватні особи не мають важелів впливу на рішення про одноособовий розгляд справи, оскільки Регламент надав таку прерогативу лише так званім «привілейованим позивачам» – державам-членам та інститутам ЄС. У цьому можна вважати певну процесуальну нерівність процесуальних суб'єктів.

² У даному контексті термін «рішення» використовується для загального позначення всіх актів, винесених Судом: як рішень, так і висновків і наказів.

конкуренції, а ч. 4 ст. 29 Регламенту Загального суду забороняє делегування цього виду справ до одноособового розгляду, хоча заради справедливості слід відмітити, що не всі вони стосуються складних юридичних питань, і сподівання Суду ЄС щодо свого розвантаження завдяки одноособовому розгляду, на жаль, не виправдалися.

Показовим є також те, що і практика одноособового розгляду справ у Загальному суді теж не посприяла збільшенню таких справ. Прикладом може слугувати справа *Liberos v. Commission*, яка полягала в тому, що службовець ЄС, який працював за строковим контрактом, звернувся до Загального суду із трудовим спором щодо анулювання рішення Комісії. Колегією у складі трьох суддів було прийняте рішення про розгляд цієї справи суддею одноособово на підставі того, що це був службовий спір, який не становить важливості для правопорядку ЄС. Суддею по справі призначений Голова Загального суду Вестердорф Б. (Vesterdorf B.). Він виніс рішення у справі не на користь позивача (*рішення T-29/97*), який після цього оскаржив його у Суді справедливості. Останній, у свою чергу, задовольнив апеляцію і переглянув справу, у результаті чого виніс рішення на користь позивача [30]. Суд справедливості зазначив, що Регламент Загального суду забороняє розглядати справу Загальному суду в одноособовому складі, якщо справа стосується акта загального застосування, і розтлумачив, що позивач у своєму позові посилався на норми посадового регламенту, які можна вважати нормами загального застосування. Суд справедливості послався на усталену практику Суду ЄС щодо визначення актів загального застосування, яка встановлює, що актами загального застосування є ті, що стосуються об'єктивно визначеної ситуації та які породжують правові наслідки для категорій осіб, визначених загально або абстрактно [31; 32]. Посадовий регламент підпадає під це визначення, оскільки створює права й обов'язки для усіх службовців ЄС, які і є тією загально визначеною категорією осіб. Саме тому Суд справедливості визнав нелегітимним одноособовий розгляд цієї справи у Загальному суді. Звісно, це рішення значно обмежило в подальшому можливість розгляду службових спорів одноособово.

Одноособовий розгляд справ загальним судом спрямовується, перш за все, на скорочення строків розгляду справ. Разом із тим виявилось, що ця процедура є недосконалою, оскільки рішення про одноособовий розгляд справи має бути ухвалене колегією, яка для цього має ознайомитися і вивчити обставини справи, щоб знайти достатньо підстав для відповідного рішення. Це не може не забирати достатньо часу у суддів, затягує судочинство. Цьому сприяє і можливість судді на будь-якому етапі розгляду справи повернути її колегії. Тож, самі судді, розуміючи, яке додаткове навантаження вони можуть отримати, із великою насторогою відносяться до подібних рішень, і тому Загальний суд дуже рідко вдається до одноособового розгляду справ.

Хотілося б звернути увагу і на те, що в межах Загального суду існує установлена практика спеціалізації палат за певними позовами. Згідно зі ст. 25 Регламенту Загальний суд самостійно може встановлювати критерії розподілу справ поміж палатами, а також указати одну чи більше палат, відповідальних за розгляд і вирішення справ у спеціальних сферах. Так, у Загальному суді існує палата, яка спеціалізується на розгляді спорів щодо інтелектуальної власності у ЄС, зокрема, щодо торговельних марок ЄС. Хоча з огляду на можливість створення третьої судової ланки у ЄС, а саме спеціалізованих судів, і навіть існування такої практики (Трибунал з питань цивільних спорів), логічніше було б створювати нові суди відповідно до цієї спеціалізації. Більш того, у Регламенті Загального суду існують окремі положення щодо процедурних моментів справ цієї категорії.

Тривалий час в ЄС розглядається питання про створення спеціалізованого суду при Загальному суді – Патентного суду (аналіз проекту створення Патентного суду ЄС [32, с. 18]. Згідно зі ст. 262 Договору про функціонування ЄС Рада може приймати рішення про надання Суду ЄС юрисдикції по справах, що стосуються права промислової власності ЄС. У 1979 р. Комісія розробила Люксембурзьку патентну конвенцію Співтовариства, намагаючись ввести тим самим єдиний патент для всього Співтовариства, а потім і для ЄС, але ця Конвенція досі не підписана державами-членами, оскільки вони не можуть дійти згоди по ряду питань. У 2003 р. Комісія звернулася до Ради з пропозицією про створення Патентного суду Співтовариства до 2010 р. та надання йому юрисдикції щодо врегулювання юридичних спорів відносно патентів. Проблема створення нової судової палати полягає в тому, що члени Європейської патентної конвенції 1973 р., до складу яких входять і держави – члени ЄС, підготували у 2004 р. проект Угоди щодо заснування незалежного від ЄС Європейського патентного суду, який буде вирішувати спори, пов'язані з порушеннями та дійсністю Європейських патентів, тобто такого суду, який матиме юрисдикцію, котрою планується наділити Патентний суд ЄС. Обидві сторони чекають, які кроки зробить протилежна сторона, щоб не створити зони паралельної компетенції, тобто ці питання ще мають вирішити інститути ЄС разом із державами-членами, але скоріше за все це відбуватиметься у рамках посиленої співпраці, а не в межах виключної компетенції ЄС.

Організація судової системи в цілому ЄС, а також склад окремих судових ланок має специфіку також і тому, що в них запроваджений інститут генеральних адвокатів, які входять до корпусу Суду справедливості і можуть бути призначені й для Загального суду. Хоча ст. 252 Договору про функціонування ЄС встановлює, що Суду справедливості допомагають вісім генеральних адвокатів, з 2015 р. у Суді справедливості їх 11, оскільки Лісабонський договір передбачив можливість збільшення їх кількості за рішенням Ради на прохання Суду. Саме таке рішення прийняте Радою у 2015 р. Генеральні адвокати, на відміну

від суддів Суду ЄС, не представляють національні правові системи держав – членів ЄС, тож, не існує прив'язки їх кількості до кількості країн – членів Союзу. Однак певні держави закріпили за собою право призначати від себе постійних генеральних адвокатів, така прерогатива з'явилася на рівні звичаєвого права. Так, при створенні Суду ЄСВС до його складу входило два генеральних адвокати від Франції і Німеччини, а з приєднанням Італії, Великої Британії та Іспанії постійні генеральні адвокати почали призначатися і від цих країн. Із подальшим розширенням співтовариств і ЄС всі інші держави-члени отримували право призначати генеральних адвокатів від себе на ротаційній основі. У 2009 р. із набуттям чинності поправок Лісабонського договору, а саме Декларації щодо ст. 252 Договору про функціонування ЄС стосовно кількості генеральних адвокатів у Суді справедливості, офіційно було закріплено, що крім Франції, Німеччини, Італії, Іспанії та Великої Британії, своїх постійних генеральних адвокатів буде призначати ще й Польща. Таким чином, корпус генеральних адвокатів Суду правосуддя формують шість генеральних адвокатів від зазначених держав та п'ять, призначених іншими державами-членами за ротаційною системою.

ВИСНОВКИ

Розглянувши особливості організації судової системи ЄС, можна зробити висновок, що теперішня її структура сприяє ефективному виконанню різних функцій судової влади в ЄС. Генеза ж судової системи ЄС демонструє, що зміни відбувалися у напрямі оптимізації виконання тих завдань, які покладаються на кожну ланку окремо. Так, якщо говорити про конституційні функції, то їх виконує Суд справедливості ЄС, який розглядає справи у палатах по три і п'ять суддів, у Великій палаті або у повному складі. У випадку із Загальним судом, який виконує здебільшого функції адміністративного суду, варто зазначити, що він може розглядати справи у палатах по три і п'ять суддів, у повному складі, у Великій палаті або суддя засідає одноособово. Тим самим наголошується, що важливість цих справ для функціонування правопорядку ЄС не є настільки високою, оскільки всі заходи покликані служити фільтром і певним бар'єром від передачі суттєвих для правопорядку ЄС справ на одноособовий розгляд та збереженню єдності права ЄС.

Отже, поступово практика застосування права ЄС ставить перед судовою системою нові виклики, з якими вона за допомогою постійних реформ успішно справляється.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Комарова Т. В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу : монографія / Т. В. Комарова. – Харків : Право, 2010. – 360 с.
- [2] Яковюк І. В. Історія європейської інтеграції від Римської імперії до Європейського Союзу : монографія / І. В. Яковюк, Т. М. Анакіна, О. Я. Трагнюк, Т. В. Комарова. – Київ : Ред. журн. «Право України», 2012. – 208 с.

- [3] Правовые проблемы определения и реализации государственного суверенитета на современном этапе : монография / под ред.: А. К. Сквикова, И. В. Яковюка. – Москва : ООО «НИПКЦ Восход-А», 2010. – 320 с.
- [4] Von Bogdandy A. The European Union as a Supranational Federation: a Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty / A. Von Bogdandy // *Columbia Journal of European Law*. – 2000. – Vol. 6. – No 1. – P. 1–27.
- [5] O’Neil A. Decisions of the European Court of Justice and their Constitutional Implications / A. O’Neil. – London : Butterworth, 1994. – 227 p.
- [6] Craig P. The Evolution of EU Law / P. Craig. – Oxford : OUP, 1999. – 341 p.
- [7] Dashwood A. The Future of the Judicial System of the European Union / A. Dashwood, A. Johnson. – Oxford : Hard Publishing, 2001. – 318 p.
- [8] Звіт Комісії «Щодо моніторингу застосування права ЄС». – 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM%3A2017%3A370%3AFIN&from=EN>.
- [9] Neuwahl N. Article 173 Paragraph 4 EC: Past, Present and Possible Future / N. Neuwahl // *European Law Review*. – 1996. – No 21. – P. 17–31.
- [10] Ward A. Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law / A. Ward. – Oxford : Oxford University Press, 2000. – 443 p.
- [11] Arnulf A. 1952–2002: Plus ça Change / A. Arnulf // *European Law Review*. – 2002. – Vol. 27. – P. 509–521.
- [12] Usher J. A. Direct and Individual Concern – An Effective Remedy or a Conventional Solution / J. A. Usher // *European Law Review*. – 2003. – Vol. 28. – No 5. – P. 575–600.
- [13] Albers-Lorens A. The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: Has the European Court Missed the Boat? / A. Albers-Lorens // *Cambridge Law Journal*. – 2003. – Vol. 62. – No 1. – P. 72–95.
- [14] Van den Broek K. A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court’s Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties ... and a Plea for a Foreign Affairs Exception / K. Van den Broek // *Legal Issues of Economic Integration*. – 2003. – Vol. 30. – No 1. – P. 61–79.
- [15] Ragolle F. Access to Justice for Private Applicants in the Community Legal Order: Recent (R)evolutions / F. Ragolle // *European Law Review*. – 2003. – Vol. 28. – No 1. – P. 90–101
- [16] Biernat E. (2003). The Locus Standi of Private Applicants under article 230 (4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community [Електронний ресурс] : Jean Monnet Working Paper 12. – Режим доступу: <https://www.montesquieu-instituut.nl/9353202/d/onderzoekspapers/2009/stratieva.pdf>.
- [17] Koch C. Locus Standi on Private Applicants under the EU Constitution: Preserving Gaps in the Protection of Individuals’ Right to an Effective Remedy / C. Koch // *European Law Review*. – 2005. – Vol. 30. – No 4. – P. 511–516.
- [18] Рішення 2/1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3568c114-591b-4373-bb72-53523ffd70ce.0002.03/DOC_1&format=PDF.
- [19] Рішення 2/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN>.
- [20] Mancini F. From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court / F. Mancini, D. Keeling // *Yearbook of European Law*. – 1991. – No 11. – P. 1–13.
- [21] De Burca G. The European Court of Justice / G. De Burca. – New York : Oxford University Press, 2001. – 284 p.

- [22] Комарова Т. Преюдиціальні рішення Європейського Суду у механізмі реалізації права ЄС / Т. Комарова / Юрид. вісн. України. – 2004. – Вип. 36. – № 480. – С. 5.
- [23] Cartabia M. Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling / M. Cartabia // German Law Journal. – 2015. – Vol. 16. – No 6. – P. 1791–1796.
- [24] Astresses P-V. The Return of the Huron, or Naïve Thoughts on the Handling of Article 267 TFEU by Constitutional Courts when Referring to the Court of Justice / P-V. Astresses // German Law Journal. – 2015. – Vol. 16. – 6. – P. 1701–1726.
- [25] Lacchi C. Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU / C. Lacchi // German Law Journal. – 2015. – Vol. 16. – No 6. – P. 1663–1700.
- [26] Kraemer H. The European Union Civil Service Tribunal: a New Community Court Examined After Four Years of Operation / H. Kraemer // Common Market Law Review. – 2009. – No 46. – P. 1873–1913.
- [27] Johnston A. Judicial Reform and the Treaty of Nice / A. Johnston // Common Market Law Review. – 2001. – No 38. – P. 499–523.
- [28] Lavranos N. The New Specialized Courts within the European Judicial System / N. Lavranos // European Law Review. – 2005. – Vol. 30. – No 2. – P. 261–272.
- [29] Законодавча резолюція Європейського Парламенту 5713/1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0041+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>.
- [30] Рішення T-29/97. *Liberos v Commission* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db274dad3b88ad40288a89f82a8647874a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTbNz0?text=&docid=102499&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=48154>.
- [31] Рішення по об'єднаних справах 789/79, 790/79. *Calpak and Società Emiliana Lavorazione Frutta v Commission*. European Court Report. 1980. 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0789>.
- [32] Рішення C-41/99 P. *Sadam Zuccherifici and Others v Council*. European Court Report. 2001. I-4239 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2002:462>.

REFERENCES

- [1] Komarova, T. V. (2010). *The Jurisdiction of the European Court of Justice: monography*. Kharkiv: Pravo.
- [2] Yakoviuk V.I. (2012). *The History of the European integration from Rome empire till the European Union: monography*. Kyiv: Pravo Ukraini.
- [3] Skovikova, A., Yakoviuk, I. (2010). *The legal problems of definition and realization of state sovereignty on modern stage: monography*. Moscow: NIPKC Voshod-A.
- [4] Von Bogdandy, A. (2000). The European Union as a Supranational Federation: a Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty. *Columbia Journal of European Law*, 6(1), 1–27.
- [5] O'Neil, A. (1994). *Decisions of the European Court of Justice and their Constitutional Implications*. London: Butterworth.
- [6] Craig, P. (1999). *The Evolution of EU Law*. Oxford: OUP.
- [7] Dashwood, A. & A. Johnson (2001). *The Future of the Judicial System of the European Union*. Oxford: Hard Publishing.

- [8] Report from the Commission (2016). “*Monitoring the application of European Union law 2016 Annual Report*”. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM%3A2017%3A370%3AFIN&from=EN>
- [9] Neuwahl, N. (1996). Article 173 Paragraph 4 EC: Past, Present and Possible Future. *European Law Review*, 21, 17–31.
- [10] Ward, A. (2000). *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*. Oxford: Oxford University Press.
- [11] Arnall, A. (2002). 1952–2002: Plus ça Change. *European Law Review*, 27, 509–521.
- [12] Usher, J. A. (2003). Direct and Individual Concern – An Effective Remedy or a Conventional Solution. *European Law Review*, 28(5), 575–600.
- [13] Albers-Lorens, A. (2003). The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: Has the European Court Missed the Boat? *Cambridge Law Journal*, 62(1), 72–95.
- [14] Van den Broek, K. (2003). A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court’s Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties ... and a Plea for a Foreign Affairs Exception. *Legal Issues of Economic Integration*, 30(1), 61–79.
- [15] Ragolle, F. (2003). Access to Justice for Private Applicants in the Community Legal Order: Recent (R)evolutions. *European Law Review*, 28(1), 90–101
- [16] Biernat, E. (2003). The Locus Standi of Private Applicants under article 230 (4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community. Jean Monnet Working Paper 12. Retrieved from <https://www.montesquieu-instituut.nl/9353202/d/onderzoekspapers/2009/stratieva.pdf>
- [17] Koch, C. (2005). Locus Standi on Private Applicants under the EU Constitution: Preserving Gaps in the Protection of Individuals’ Right to an Effective Remedy. *European Law Review*, 30(4), 511–516.
- [18] Opinion 2/1994. Retrieved from http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3568c114-591b-4373-bb72-53523ffd70ce.0002.03/DOC_1&format=PDF
- [19] Opinion 2/2013. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN>
- [20] Mancini, F. & Keeling, D. (1991). From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court. *Yearbook of European Law*, 11, 1–13.
- [21] De Burca, G. (2001). *The European Court of Justice*. New York: Oxford University Press.
- [22] Komarova, T. (2004). The Preliminary Rulings of the European Court of Justice in the mechanism of realization of the EU law. *Legal Bulletin of Ukraine*, 36(480), 5.
- [23] Cartabia, M. (2015). Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling. *German Law Journal*, 16(6), 1791–1796.
- [24] Astresses, P.-V. (2015). The Return of the Huron, or Naïve Thoughts on the Handling of Article 267 TFEU by Constitutional Courts when Referring to the Court of Justice. *German Law Journal*, 16(6), 1701–1726.
- [25] Lacchi, C. (2015). Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU. *German Law Journal*, 16(6), 1663–1700.
- [26] Kraemer, H. (2009). The European Union Civil Service Tribunal: a New Community Court Examined After Four Years of Operation. *Common Market Law Review*, 46, 1873–1913.
- [27] Johnston, A. (2001). Judicial Reform and the Treaty of Nice. *Common Market Law Review*, 38, 499–523
- [28] Lavranos, (2005). N. The New Specialized Courts within the European Judicial System. *European Law Review*, 30(2), 261–272.

- [29] European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council decision amending Decision 88/591/ECSC, EEC, Euratom establishing a Court of First Instance of the European Communities (5713/1999 – C5-0020/1999–1999/0803(CNS)). Retrieved from <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0041+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>.
- [30] Case T-29/97. *Liberos v Commission*. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db274dad3b88ad40288a89f82a8647874a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTbNz0?text=&docid=102499&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=48154>
- [31] Joined cases 789/79, 790/79. *Calpak and Società Emiliana Lavorazione Frutta v Commission*. *European Court Report*. 1980. 1949. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0789>
- [32] Case C-41/99 P. *Sadam Zuccherifici and Others v Council*. *European Court Report*. 2001. I-4239. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2002:462>

Тетяна В'ячеславівна Комарова

Кандидат юридичних наук

Докторантка кафедри міжнародного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна,

Татьяна Вячеславовна Комарова

Кандидат юридических наук

Докторантка кафедры международного права

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

61024, ул. Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Tatiana V. Komarova

Candidate of Legal Sciences, Doctoral Student

Department of International Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Комарова Т. В. Організація судової системи Європейського Союзу / Т. В. Комарова // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 79–96.

Suggested Citation: Komarova, T. V. (2018). Organization of the judicial system of the European Union. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 79–96.

Стаття надійшла / Submitted: 11/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 22/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 15/03/2018

ТЕОРЕТИЧНЕ РОЗУМІННЯ СИСТЕМИ ПРАВОВИХ ФОРМ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН

Анотація. У роботі представлені правові конструкти, які визначають можливість формування якісно нових розумінь перспектив розвитку корпоративних відносин. Автором доведено, що на сьогодні існує дві протилежні точки зору в питанні природи конструкції права на захист. Відповідно до першої, право на захист є складовою суб'єктивного цивільного права. Теоретична позиція інших вчених полягає в тому, що право на захист є самостійним по відношенню до суб'єктивного цивільного права. Аргументовано, що таке право може бути реалізовано в межах охоронних правовідносин, тому право на захист знаходить свій прояв виключно за межами розвитку регулятивного правовідношення. Віднесення правомочності на захист до складової суб'єктивного цивільного права звужує сферу реалізації такої правомочності межами здійснення відповідного суб'єктивного цивільного права, елементом якого воно є. Правові можливості, гарантовані державою, не обмежуються суб'єктивним цивільним правом. Останні, будучи опосередкованим природним правом, включають у себе правовий інтерес як форму прагнення людини в задоволенні потреб особистості. Механізм реалізації правового інтересу в цивільних правовідносинах, у структурі яких активна особа не має суб'єктивних цивільних прав, не обмежує здатність забезпечити захист суб'єктивних цивільних прав такої особи в інших, пов'язаних із ним цивільних правовідносинах. Формування правового інтересу особи генерується із наявного суб'єктивного цивільного права цієї особи в суміжних правовідносинах, охорона яких забезпечується за посередництвом захисту правового інтересу.

Ключові слова: корпоративні правовідносини, захист цивільних прав, правовий інтерес, цивільні правовідносини, зміст правовідносин.

ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ ПОНИМАНИЕ СИСТЕМЫ ПРАВОВЫХ ФОРМ ЗАЩИТЫ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Аннотация. В работе представлены правовые конструкты, которые определяют возможность формирования качественно новых пониманий перспектив развития корпоративных отношений. Автором доказано, что на сегодняшний день существуют две противоположные точки зрения в вопросе природы конструкции права на защиту. Согласно первой, право на защиту является составной субъективного гражданского права. Теоретическая позиция других ученых заключается в том, что право на защиту является

ся самостоятельным по отношению к субъективному гражданскому праву. Аргументировано, что такое право может быть реализовано в рамках охранительных правоотношений, поэтому право на защиту находит свое проявление исключительно за пределами развития регулятивного правоотношения. Отнесение правомочия на защиту к составляющей субъективного гражданского права сужает сферу реализации такого правомочия пределами осуществления соответствующего субъективного гражданского права, элементом которого оно является. Правовые возможности, гарантированные государством, не ограничиваются субъективным гражданским правом. Последние, будучи опосредованным естественным правом, включают в себя правовой интерес как форму стремления человека в удовлетворении потребностей личности. Механизм реализации правового интереса в гражданских правоотношениях, в структуре которых активная личность не имеет субъективных гражданских прав, не ограничивает способность обеспечить защиту субъективных гражданских прав такого лица в других, связанных с ним гражданских правоотношениях. Формирование правового интереса лица генерируется из имеющегося субъективного гражданского права этого лица в смежных правоотношениях, охрана которых обеспечивается посредством защиты правового интереса.

Ключевые слова: корпоративные правоотношения, защита гражданских прав, правовой интерес, гражданские правоотношения, содержание правоотношений.

Anatoly V. Kostruba

Department of Civil Law

Vasyl Stefanyk Precarpathian National University

Ivano-Frankivsk, Ukraine

THEORETICAL UNDERSTANDING OF THE SYSTEM OF LEGAL FORMS OF PROTECTION OF CORPORATE RELATIONS

Abstract. *The work presents legal constructs that determine the possibility of forming brand new understandings of the prospects for the development of corporate relations. The author has proved that there are two opposing views about the nature of construction of the right to protection today. According to the first view, the right to protection is an integral part of subjective civil law. The theoretical position of other scholars is that the right to protection is independent in relation to subjective civil law. It is argued that such a right can be implemented within the framework of a guarding legal relationship; therefore, the right to defense is manifested solely outside the development of a regulatory legal relationship. Assigning the right to protection to the component of subjective civil law reduces the scope of the realization of such right within the boundaries of the implementation of the relevant subjective civil law, which is its element. Legal opportunities, which are guaranteed by the state, are not limited to subjective civil law. As an indirect natural law, the latter include legal interest as a form of human desire to satisfy the needs of the individual. The mechanism of realization of legal interest in civil legal relations, in the structure of which an active person does not have subjective civil rights, does not limit the ability to provide protection of subjective civil rights of such person in other related civil legal relations. Formation of legal interest of a person is generated from the existing subjective civil law of this person in contiguous legal relations, defence of which is provided through the protection of legal interest.*

Keywords: corporate legal relations, protection of civil rights, legal interest, civil legal relations, content of legal relations.

ВСТУП

Продовжуючи думку видатного цивіліста, слід зазначити, що правовий захист є найбільш дієвим засобом досягнення результативності цивільних правовідносин, забезпечення ефективності якого в правовому регулюванні суспільних відносин в Україні складає вагомий пласт сучасної цивілістичної проблеми.

Загальні засади захисту прав особи декларовані в ст. 8 Конституції України, відповідно до якої звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина гарантується безпосередньо на підставі Конституції України; а також у ст. 13, яка забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання; ст. 32, відповідно до положень якої кожному гарантується судовий захист права спростовувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї та права вимагати вилучення будь-якої інформації, а також право на відшкодування матеріальної і моральної шкоди, завданої збиранням, зберіганням, використанням та поширенням такої недостовірної інформації, тощо [1]. У свою чергу, встановлені державою конституційно-правові норми та принципи вимагають активної правотворчої діяльності з боку органів державної влади України, що повинно відбуватися на належному науковому підґрунті.

Критерієм розмежування суб'єктивного цивільного права і правового інтересу в цивільному праві України є спосіб їхнього правового захисту. В першому випадку різноманіття таких способів обумовлене структурою суб'єктивного цивільного права (правомочність на власні дії, правомочність вимоги). Захист суб'єктивного цивільного права здійснюється шляхом як пасивного, так і активного зобов'язання інших учасників цивільних правовідносин [2; 3].

Розвиток корпоративних правовідносин обумовлює постійне вдосконалення форм і способів їхнього захисту, що проявляється в забезпеченні реалізації суб'єктивних цивільних прав, а також інтересів учасників таких правовідносин, так само як і захисту не тільки безпосередньо учасників корпоративних правовідносин, але й пов'язаних із ними осіб [4; 5].

1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

1.1 Погляди приватного характеру

На сьогодні сформувалося дві протилежні точки зору до питання про природу такої конструкції, як право на захист. Відповідно до першої, право на захист є складовою суб'єктивного цивільного права.

У цьому аспекті слід навести аргументацію В. П. Грибанова: «Немає сумнівів у тому, що право на звернення до компетентних державних або громадських органів за захистом порушеного права нерозривно пов'язане з суб'єктивним матеріальним правом принаймні у двох відношеннях: по-перше, воно виникає лише

з порушенням суб'єктивного цивільного права або з його оскарженням іншими особами, по-друге, характер самої вимоги про захист права визначається характером порушеного або оспорюваного матеріального права, зміст і призначення якого в основному визначає і спосіб його захисту. Тому з матеріально-правової точки зору немає перешкод до того, щоб розглядати право на захист у його матеріально-правовому аспекті як одну з правомочностей самого суб'єктивного цивільного права» [6, с. 106].

Логіка вченого дає підстави для такого висновку. Якщо правомочність на захист є складовою суб'єктивного цивільного права як елемента структури цивільного правовідношення, то реалізація права на захист відбувається на певному етапі розвитку такого єдиного правовідношення. Тому недоцільно виокремлювати ще один вид цивільних правовідносин між тими ж суб'єктами і стосовно того ж об'єкта із тотожним обсягом правомочностей. У разі порушення право на захист як елемент суб'єктивного цивільного права набуває особливого стану напруженості, в результаті якого потерпіла особа має можливість його (відповідне право на захист) реалізувати [7, с. 104–107; 8, с. 532].

Теоретична позиція інших вчених (П. Ф. Єлісейкін, Є. Я. Мотовіловкер, З. В. Ромовська, П. Є. Крашенинніков тощо) полягає в тому, що право на захист є самостійним до відношенню до суб'єктивного цивільного права. Таке право може бути реалізовано в межах охоронних правовідносин, тому право на захист знаходить свій прояв винятково за межами розвитку регулятивного правовідношення.

Прибічники цієї точки зору наводять таку аргументацію своєї позиції.

По-перше, якщо припустити, що право на позов є складовою частиною регулятивного суб'єктивного права, то слід визнати, що його встановлення передуює виникненню юридичного обов'язку, що йому кореспондує (віндикаційна вимога проявляється до виникнення обов'язку незаконного володільця передати річ її власнику).

По-друге, закріплення права на захист як однієї з правомочностей суб'єктивного цивільного права свідчить про те, що виникнення права на позов і, відповідно, строк позовної давності пов'язані з моментом набуття суб'єктивного цивільного права особою. Інакше кажучи, суб'єктивне право на захист існує за відсутності правопорушення. З огляду на наведене, прихильники цієї точки зору вважають, що право на захист не є елементом суб'єктивного цивільного права, але самостійним суб'єктивним правом [9, с. 123].

1.2 Захист приватного характеру в корпоративних відносинах

Правова сутність законного інтересу в літературі ретельно досліджена І. В. Венедиктовою, яка на підставі проведеного аналізу зводить цю категорію до таких аспектів:

- існування законного інтересу неможливе без прагнення володіння благом, яке здатне задовольнити потребу особи;
- таке прагнення не може суперечити праву;
- бажане благо не може бути протиправним;
- необхідне проведення усвідомлених дій носієм інтересу з метою отримання блага;
- законний інтерес є передумовою реалізації суб'єктивного цивільного права, знаходиться за його межами, але перебуває в структурі суспільних відносин. Суб'єктивне цивільне право є засобом реалізації законного інтересу, який складається із соціальної потреби такої поведінки. Шляхом реалізації суб'єктивних цивільних прав інтерес втілюється в правовідносинах, які регулюються приватним правом;
- є самостійним об'єктом правового захисту;
- законний інтерес належить окремій особі, обумовлений його індивідуальними якостями, намаганням, мотивами і цілями, потребами такого суб'єкта [10, с. 109–114].

Необхідно зазначити, що проблема співвідношення правового інтересу й суб'єктивного цивільного права має різний вектор дослідження. Еклектичність цих двох феноменів у праві надихає вчених на їхнє поєднання. Так, Рудольф фон Ієрінг вважає, що інтерес є складовою права. Досліджуючи право як захищений інтерес, він доводить, що його реалізація забезпечується узгодженням інтересів соціальних груп. Інтерес утворює субстанцію суб'єктивного права, є його сутнісним моментом. Розвиток цієї ідеї отримує несподіване втілення у працях О. С. Іоффе, А. В. Венедиктова, Ю. К. Толстого, які відстоюють позицію, що інтерес є складовим елементом суб'єктивного цивільного права. «Подібно до того, як класовий інтерес визначає зміст волі панівного класу, яка була зведена в закон, так і індивідуальний інтерес уповноваженої особи визначає зміст його волі, наповнюючи її тим реальним суспільним змістом, без якого поняття волі – порожня абстракція. Якщо правильно, що природа права виявляє себе насамперед у характері задовольняючого правом інтересу, що втрата соціально значимого інтересу призводить і до втрати права, то є всі підстави для того, щоб включити інтерес у визначення суб'єктивного права...» [11, с. 45; 12, с. 49; 13, с. 38].

Загальний сенс наведеної позиції вчених систематизовано Є. Я. Мотовіловкером у такому: «Будь-яке суб'єктивне право являє собою право особи на чужу або власну поведінку, спрямоване на задоволення інтересу уповноваженого суб'єкта. Сенс, змістовність, цільова спрямованість поведінкового акту, який здійснює суб'єктивне право, однозначно обумовлюється визначеністю інтересу уповноваженої особи. І ми отримаємо абсолютно бідну абстракцію, якщо будемо визначати суб'єктивне право, відволікаючись від інтересу правовласника» [14, с. 52–62].

Зазначена позиція була піддана розумній критиці з боку інших вчених, до яких належить також і автор цього дослідження.

Інтерес не є частиною, чи то складовою суб'єктивного цивільного права, він не включається в його структуру, а існує окремо, будучи передумовою і метою даного суб'єктивного цивільного права. На підтримку цієї позиції розумною є думка Р. О. Стефанчука. Вчений вказує, що якби суб'єктивне цивільне право вміщувало в собі інтерес, то формування в законі неможливо було б зазначати на кшталт «цивільні права і інтереси», оскільки перша категорія поглинала би другу і вимивала її юридичний сенс, позбавляла необхідності юридичної самоідентифікації [2, с. 109].

Також слід додати, що критерієм розмежування суб'єктивного цивільного права і правового інтересу в цивільному праві України є спосіб їхнього правового захисту. В першому випадку різноманіття таких способів обумовлене структурою суб'єктивного цивільного права (правомочність на власні дії, правомочність вимоги). Захист суб'єктивного цивільного права здійснюється шляхом як пасивного, так і активного зобов'язання інших учасників цивільних правовідносин (визнання правочину недійсним, припинення дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення, примусове виконання обов'язку в натурі, зміна правовідношення, припинення правовідношення, відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної (немайнової) шкоди тощо). В такий спосіб відбувається захист прав учасника регулятивного правовідношення і в межах його змісту.

Захист правового інтересу має іншу юридичну природу свого правового забезпечення. Не будучи втіленим безпосередньо в суб'єктивному цивільному праві, правовий інтерес як очевидне прагнення особи підлягає захисту, не обмежуючись змістом цивільних правовідносин, до якого у суб'єкта існує інтерес.

Таким чином, право на захист забезпечує реалізацію суб'єктивного цивільного права та правового інтересу в межах охоронних правовідносин.

2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

2.1 Визначення правової регламентації корпоративних правовідносин

У роботі використані методи порівняльного правового дослідження. Переважно це методи, які регулюють корпоративні правові відносини – порівняльні. Вони ґрунтуються на тому, що корпоративні відносини є не тільки приватного характеру, але виступають також і основою для регламентації соціальних процесів, часто заміняючи собою загальне соціальне середовище для здійснення життєдіяльності. І це дозволяє говорити про те, що порівняльний метод дає можливість відрегулювати внутрішні правові відносини в середовищі, де відбувається формування корпоративних відносин. Даний метод використовується в роботі для формування загальної картини розуміння можливостей для реалізації інтересів корпорації і суспільства в їх сукупному розвитку.

Додатково використовується метод альтернативної регуляції правових відносин у сфері корпоративних взаємодій. Кожен з учасників корпоративної взаємодії повинен покривати частину функцій, які йому делегує корпорація. У роботі застосовується метод, при якому кожен з учасників спільноти і працівників, що беруть участь у корпоративних відносинах, усвідомлює своє місце в соціально-му середовищі і таким чином регулює свою участь у соціальній сфері.

2.2 Біполярне регулювання корпоративних правовідносин

Досліджуючи природу корпоративних правовідносин, автори використовують метод аналітичної структури, оскільки учасники корпорації, передаючи своє майно в обмін на акції (частки участі), втрачають на нього право власності. Як можна спостерігати, автори визнають абсолютні права, ґрунтуючись на речовій концепції власності. Право на акцію (частку) залишилося поза їхньою увагою. Іншими словами, проблема полягає у методології дослідження місця акції (частки) в системі корпоративних правовідносин. У зв'язку з цим у статті розкривається питання корпоративного методу при аналізі не тільки учасників цивільно-правових відносин, але також і в середовищі точного визначення структури та якісного наповнення і співвідношення їх з корпоративними відносинами. Для прогнозування правового регулювання застосовується прогностичний метод, який визначає структуру й формат взаємодії з суспільством. Додатково використовується метод правового прогнозування, який формує можливість становлення та імплементації в законодавство методів міжнародної стандартизації.

3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

3.1 Співвіднесення корпоративного права та цивільних правовідносин

Відповідність реального ідеальній правовій моделі досягається за допомогою правомірної поведінки учасників суспільних відносин. Так, встановлені в нормах об'єктивного права можливості, за допомогою юридичних фактів трансформуються в індивідуалізовані правові вимоги, які породжують суб'єктивне право особи [15]. В результаті здійснення суб'єктивних цивільних прав і виконання кореспондуючих юридичних обов'язків відбувається реалізація правових відносин між їх учасниками [9].

Вихід за межі правової регламентації суспільних відносин призводить до активізації дії правового примусу. Його мета полягає в упорядкуванні цивільних правовідносин, у межах яких відбулось порушення права, шляхом реалізації окремих правомочностей зі складу суб'єктивного цивільного права потерпілої особи, зокрема права на їх захист.

Під правом на захист розуміють можливість уповноваженої особи використовувати дозволені законом засоби власного примусового впливу на правопорушника, застосувати до нього заходи оперативного впливу, а також можливість звернутися до компетентних державних або недержавних органів з вимогою

спонукання зобов'язаної особи до певної правомірної поведінки [6, с. 105]. Слід зазначити, що правова природа права на захист є дискусійною в сучасній цивілістичній науці. Різноманітність наукових думок настановує на необхідність пошуку відповіді на це питання в контексті предмета поточного наукового дослідження.

Суб'єктивне цивільне право є мірою можливої поведінки учасників цивільних правовідносин. Ця міра поведінки рефлексує за посередництвом відповідних правомочностей у процесі їх реалізації в структурі цивільних правовідносин. Характер таких правомочностей кореспондується з видом правовідносин, у яких вони знаходять власне втілення. У контексті поділу за функціональним призначенням є регулятивні та охоронні цивільні правовідносини, їх зміст конфігурується залежно від тих особливостей, які вони в себе несуть певним набором правомочностей.

Так, для регулятивних правовідносин характерно, що вони виникають на підставі диспозитивних правових норм, породжуються життєвими обставинами в межах відповідних правових моделей поведінки і скеровані на досягнення мети правового регулювання суспільних відносин. Забезпечення їх результативності досягається за допомогою правомочностей, що складають зміст регулятивних правовідносин – такі, як правомочності на власні дії, правомочності вимоги необхідної поведінки від зобов'язаної особи.

У свою чергу, природа охоронних правовідносин пов'язана з субстандартними умовами реалізації регулятивних (виникають як оклик на протиправні дії їх учасників), скеровані на відновлення правового становища учасників цивільних правовідносин, які передують правопорушенню (відшкодування шкоди, реституція правочину тощо), а також пов'язані з активною юридичною діяльністю органу правозастосування. Вказане досягається за посередництвом правомочності на захист. Враховуючи характер регулятивних правовідносин, недоречним є віднесення їх до структури суб'єктивних цивільних прав права на захист (у зв'язку з відсутністю підґрунтя для реалізації цієї правомочності в межах відповідних правовідносин).

Прибічники цієї точки зору стверджують таке: «Так, не викликає сумніву, що факт порушення цивільних правовідносин впливає на подальше існування суб'єктивного цивільного права, яке складає його зміст, оскільки втрачає власне реальне юридичне і фактичне навантаження. Це означає, що регулятивне правовідношення не має можливості власної реалізації».

Таким чином, ми можемо казати про біполярні форми здійснення цивільних прав у структурі різних за природою цивільних правовідносин. Суб'єктивне цивільне право і право на захист є різними правовими категоріями, оскільки мають різні правові підстави свого виникнення, структуру і направленість дії учасників правовідносин, їх строковість.

Підставою виникнення суб'єктивного цивільного права є правомірна дія або встановлена правовим регулятором цивільних правовідносин подія, яка має регулятивне юридичне значення для учасників цивільних правовідносин. У свою чергу, підставою виникнення права на захист є не регулятивні юридичні факти, а протиправні. За змістом, суб'єктивне цивільне право направлене на задоволення правового інтересу учасників правовідносин у процесі їхньої реалізації, тоді як право на захист має на меті виправлення дефекту цивільних правовідносин з метою їх подальшої належної реалізації.

Врешті-решт, суб'єктивне цивільне право діє протягом встановленого сторонами строку його реалізації з моменту прояву відповідного волевиявлення, в той час як виникнення права на захист безпосередньо пов'язане з порушенням суб'єктивного цивільного права або правового інтересу і діє протягом нормативно встановленого часу (позовної давності), сплив якого припиняє відповідне право, не впливаючи на власне суб'єктивне цивільне право.

Суб'єктивне цивільне право є передумовою реалізації права на захист. Необхідність правового захисту не завжди обумовлена реалізацією суб'єктивного цивільного права. Право на захист виникає як зворотна дія неналежного здійснення суб'єктивного цивільного права та існує протягом певного строку (позовна давність).

Певну завершеність наукового погляду про самостійність права на захист від суб'єктивного цивільного права надає відокремлення в структурі права на захист трьох правомочностей:

1. Можливість (правомочність) на самостійні фактичні дії по захисту права (на застосування засобів самозахисту) або на самостійні юридичні дії по поновленню права (на застосування засобів оперативного впливу).

2. Можливість (правомочність) вимоги від державних органів примусового поновлення порушеного права (на застосування засобів захисту і засобів відповідальності).

3. Можливість (правомочність) захисту права, праводомагання (на застосування засобів примусу в новому охоронному правовідношенні). На думку багатьох вчених, яку поділяє автор цього дослідження, такий поділ свідчить про самостійність права на захист [16, с. 21].

Отже, можна зробити висновок, що суб'єктивне цивільне право забезпечує реалізацію цивільних правовідносин у межах узгоджених їхніми учасниками моделей поведінки. Така реалізація досягається за посередництвом правомочностей, які складають зміст суб'єктивного цивільного права (правомочність на власні дії і правомочність вимоги).

Окремим можливим напрямом розвитку правового регулювання цивільних відносин є встановлення об'єктивних обставин реальної дійсності, суб'єктивних факторів девіантного характеру або правомірних дій третіх осіб, у зв'язку з чим виникають перешкоди на шляху нормального розвитку регулятивних правовід-

носин, що утруднюють або взагалі не дають можливості забезпечити реалізацію прав і обов'язків суб'єктів правовідносин (дефекти юридичного факту). За таких умов правове регулювання цивільних відносин не може забезпечити реалізацію певної правової моделі, узгодженої сторонами правовідносин. У цьому разі у правовому регулюванні цивільних правовідносин відбувається структурна трансформація [16, с. 54]. Поява нового охоронного правовідношення супроводжується формуванням його змісту за допомогою правомочностей, які забезпечують його належну реалізацію, – права на захист учасників цих правовідносин. Тобто в основу диференціації структури цивільних правовідносин на регулятивні та охоронні покладений конфлікт інтересів учасників відповідних правовідносин. У свою чергу, Ю. М. Жорнокуй вказує, що «оскільки здійснення права та досягнення законного інтересу має триваючий характер, проявляється у взаємодії численних суб'єктів, відповідні категорії відчують на собі вплив численних факторів – як позитивних, так і негативних... які в свою чергу ускладнюють або блокують процес правових можливостей. У сфері корпоративних відносин означена проблема вимагає врегулювання механізму здійснення суб'єктивних корпоративних прав та інтересів їхніх учасників...». І далі: «Така взаємодія та, в окремих випадках, порушення (створення загрози порушення) відповідних прав і інтересів породжує корпоративні конфлікти» [17, с. 52].

Розглядаючи структуру правовідносин у загальнотеоретичному контексті, зазначимо, що його зміст дійсно складає суб'єктивне цивільне право як «забезпечену законом міру можливої поведінки особи» [18, с. 13], яка складається з правомочностей (право на власні дії, право вимоги і право захисту), на що свого часу вперше звернув увагу С. Н. Братусь, ідеї якого були в подальшому розвинуті В. П. Грибановим. В залежності від функціонального значення цивільних правовідносин у правовому регулюванні, таке право конфігурується варіативним набором правомочностей. Саме така модель побудови цивільних правовідносин є предметом наукового диспуту про місце права на захист у структурі суб'єктивного цивільного права. Тому, на нашу думку, така дискусія позбавлена сенсу, оскільки кожна із наведених точок зору не виключає право на захист ані зі структури правовідносин, ані зі складу суб'єктивного цивільного права. Дослідження відбуваються в різній теоретичній площині. Якщо розглядати структуру суб'єктивного цивільного права в загальнотеоретичному контексті, то така теоретична модель правового відношення структурно складається із юридичного обов'язку та суб'єктивного цивільного права. Останній є синтезом трьох правомочностей: правомочність вимоги, правомочність на власні дії і правомочність захисту. Досліджуючи структуру правовідносин у цивільному праві з урахуванням виду правовідносин, ті ж правомочності диференціюються в залежності від охоронного або регулятивного типу цивільних правовідносин.

Також необхідно зазначити, що суть міждисциплінарного методу дослідження в науці складає використання неспецифічної для юриспруденції терміноло-

гії для позначення характеру явищ об'єктивної дійсності в їхній взаємодії між нерівноважними системами на основі принципу самоорганізації. Дослідження соціологічного поняття «конфлікт» крізь призму цивільних правовідносин, безумовно, має позитивні риси, оскільки дозволяє розглянути генезу суспільних відносин у когнітивному контексті в різновекторній керованості, встановити передумови девіантної поведінки особи, вирішити методологічні питання, поставлені перед соціологією права в цілому. Але, на нашу думку, аналіз прикладних проблем цивілістичної науки, до яких належить механізм дії права та його структура, місце таких його елементів, як правовідносини, має реалізовуватись за допомогою відповідного юридичного інструментарію, що передбачає використання менш абстрактних правових конструкцій (таких як суб'єктивне цивільне право, юридичний обов'язок, правовий інтерес тощо).

У теорії цивільного права існує правова конструкція правопорушення, яка у повному обсязі розкриває зміст того правового явища, яке деякі вчені визначають поняттям конфлікту. Слід додати, що в разі існування декількох логічних несуперечливих пояснень будь-якого явища, які пояснюють його однаково змістовно, при інших рівних умовах слід вважати правильним найпростіше з них (*lex parsimoniae*).

Так, професор Ю. М. Жорнокуй вказує, що визначення базової категорії, здатної бути основою дефініції правового конфлікту, має ґрунтуватися на сутнісних характеристиках означеного явища. Однак у правовій науці не вироблено єдиних критеріїв віднесення того чи іншого правового зв'язку до конфліктної ситуації, що має юридичну характеристику [17, с. 56]. У свою чергу, спроба автора провести паралель між поняттям охоронне корпоративне правовідношення і корпоративний конфлікт має спірний характер, оскільки для першого характерна об'єктивна наявність порушеного суб'єктивного цивільного права або правового інтересу учасника регулятивних цивільних правовідносин, тоді як другому характерна маргінальна поведінка особи – зовнішньо не визначена, але суб'єктивно сформована.

Тобто суб'єктивне цивільне право в залежності від типу цивільних правовідносин представлено в двох формах свого вираження:

- 1) регулятивне суб'єктивне цивільне право, яке є змістом регулятивних правовідносин;
- 2) компенсаційне суб'єктивне цивільне право, яке складає зміст охоронних правовідносин відповідно.

У той же час необхідно довести, що віднесення правомочності на захист до складової суб'єктивного цивільного права звужує сферу реалізації такої правомочності межами здійснення відповідного суб'єктивного цивільного права, елементом якого воно є, які визначені об'єктом конкретного цивільного правовідношення. В такому разі поза правовим впливом знаходяться суміжні суб'єктивному цивільному праву (як міри можливої поведінки) юридичні конструкції,

існування яких покликане забезпечити належну форму реалізації цивільних правовідносин, оскільки суб'єктивне цивільне право не повною мірою може відобразити існуючі правомірні прагнення суб'єктів цивільних правовідносин.

До таких слід віднести юридичну конструкцію правового інтересу. Отже, правові можливості, гарантовані державою, не обмежуються суб'єктивним цивільним правом. Будучи опосередкованим природним правом, вони включають у себе прагнення людини до задоволення особистісних потреб як відображення ступеня індивідуальної свободи, яка не має відповідної фізичної форми свого вираження.

Етимологічний зміст слова «інтерес» включає:

- увагу до когось/чогось, зацікавлення кимось/чимось; цікавість, захоплення;
- вагу, значення;
- те, що найбільше цікавить когось, що становить зміст чийхось думок і турбот;
- прагнення, потреби;
- те, що йде на користь комусь/чомусь, відповідає чийсь прагненням, потребам; вигоду, користь, зиск.

У загальносоціологічному значенні категорія «інтерес» розуміється як соціальна потреба, що об'єктивно існує та суб'єктивно усвідомлена, як мотив, стимул, збудник, спонукання до дії; у психології – як ставлення особистості до предмета, як до чогось для неї цінного, такого, що притягує [19].

Така позиція Конституційного Суду України заснована на загальному підході до розуміння категорії «інтерес» як форми вияву вибіркового ставлення особистості до об'єкта, що визначається його життєвою важливістю й емоційною привабливістю [20, с. 24]. Таким чином, інтерес особи полягає в можливості реалізації його сенсу, що забезпечується правовими засобами впливу. З іншого боку, норма права формує «законність» інтересу як форми прояву непротиправного прагнення, яке знайшло своє відображення у моделі поведінки особи.

Так, у правових актах термін «інтерес» (враховуючи як його етимологічне, так і загальносоціологічне, психологічне значення) вживається у широкому чи вузькому значенні як самостійний об'єкт правовідносин, реалізація якого задовольняється чи блокується нормативними засобами. Прикладом застосування поняття «інтерес» у широкому сенсі є Конституція України, численні статті якої (статті 18, 32, 34, 35, 36, 39, 41, 44, 79, 89, 104, 121, 127, 140) наголошують на національних інтересах, інтересах національної безпеки, економічного добробуту, територіальної цілісності, громадського порядку, здоров'я і моральності населення, політичних, економічних, соціальних, культурних інтересах, інтересах суспільства, інтересах усіх співвітчизників, інтересах громадянина, інтересах держави, спільних інтересах територіальних громад сіл, селищ та міст тощо [19]. Вказуючи на наявність таких інтересів, Конституція України підкреслює необхідність їх забезпечення (ст. 18), задоволення (ст. 36) чи захисту (статті 44, 127).

Якщо очевидним є пов'язаність особи із належним їй суб'єктивним цивільним правом, захист якого здійснюється в межах охоронних правовідносин, то визначення характеру правового інтересу особи щодо кола цивільних правовідносин, захист яких вимагається, потребує свого додаткового з'ясування. Так, цілком логічно, що захист правового інтересу особи, суб'єктивне цивільне право якого відсутнє у межах конкретних регулятивних правовідносин, повинно мати межу розумної допустимості. В іншому випадку вірогідний захист інтересу особи обернеться зловживанням нею відповідним правом, зокрема процесуальним. При цьому слід визнати, що наукові дослідження радянського та пострадянського періоду проблем правової природи законного інтересу та форм реалізації його захисту не вирішують проблему встановлення оптимальної моделі співвідношення «можливості» і «дійсності» захисту інтересу особи при відсутності у нього відповідного суб'єктивного цивільного права в структурі спірних правовідносин, що, у свою чергу, ускладнює дієвість механізму правозахисту цивільних відносин.

Розглядаючи правовий інтерес як прагнення до користування конкретним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного й прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, заінтересована особа отримує можливість звернення до суду з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб і в тому разі, коли їхня реальна належність до цієї особи викликає обґрунтовані сумніви. Отже, критерій ступеня опосередкованості такого прагнення особи в суб'єктивному праві не встановлено в законодавстві України і є дискрецією суду.

Наприклад, недобросовісна особа, суб'єктивно вважаючи себе зацікавленою в отриманні певних матеріальних благ або в їх неотриманні іншою особою, має процесуальну можливість оскарження прийнятих актів правозастосування за відсутності на те об'єктивно-правової мотивації. Але доки суд дійде до відповідного висновку і підтвердить власну позицію зі справи прийняттям відповідного судового акта, може сплинути багато часу, що «зіграє» не на користь добросовісного учасника цивільних правовідносин. Тому доктринальне визначення меж правового інтересу особи у правовідносинах для його можливого захисту має суттєве значення у сфері правозастосування.

Вважаємо, що механізм реалізації законного інтересу в цивільних правовідносинах, у структурі яких активна особа не має суб'єктивних цивільних прав, обумовлюється потенційною здатністю особи забезпечити захист власних вже суб'єктивних цивільних прав у інших, кореспондуючих першим правовідносинах. Тобто формула захисту законного інтересу особи полягає в тому, що захист законного інтересу особи, не опосередкованого у суб'єктивному праві, має забезпечити охорону кореспондуючого суб'єктивного цивільного права в суміжних правовідносинах, тобто там, де він має місце. Формування закон-

ного інтересу особи генерується із наявного суб'єктивного цивільного права суміжних правовідносин, охорона яких забезпечується за посередництвом відповідного інтересу.

3.2 Судова практика регуляції корпоративних відносин

Застосування судової практики для регуляції корпоративних відносин слід пояснити наведеним прикладом.

Учасник підприємницького товариства звертається до суду з вимогою про визнання недійсним правочинів (укладених між таким товариством і третьою особою) з підстав, встановлених статтями 227, 229–235 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [3].

Наявність законного інтересу учасника товариства, захист якого реалізується шляхом подачі відповідного позову до суду, обумовлено охороною його суб'єктивного цивільного права в корпоративному правовідношенні між учасником і підприємницьким товариством. Так, визнання недійсним правочинів, вчинення яких може вплинути на фінансовий стан підприємства, забезпечує охорону прав учасника товариства на отримання дивідендів від результатів підприємницької діяльності останнього. В такому разі законний інтерес виникає із суб'єктивного цивільного права, до належної реалізації якого прагне особа – безпосередній учасник корпоративних правовідносин.

Підтвердженням викладеного є правова позиція Верховного Суду України, яка роз'яснена у постанові суду від 1 липня 2015 р. по справі № 3-327гс15 [21].

Так, при розгляді судової справи суд касаційної інстанції дійшов помилкового висновку, що законом не передбачено право акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва; учасник товариства не наділений суб'єктивним правом щодо здійснення повноважень власника майна товариства, а тому позивач не належить до тих суб'єктів, які мають право оспорити зазначені договори; учасники господарського товариства не вправі звертатися до суду за захистом прав та інтересів інших учасників господарського товариства та самого товариства поза відносинами представництва, а також обґрунтовувати свої вимоги порушенням прав інших учасників товариства.

Скасовуючи постанову Вищого господарського суду України від 19 листопада 2014 р. по справі № 911/2435/14 за позовом Федорова В. Ф. до товариства з обмеженою відповідальністю «Агроком» і приватного підприємства «Бета-Консалтинг» про визнання недійсним договорів, Верховний Суд України зазначив, що згідно з положеннями частин 1, 2 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду з метою захисту свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Таким способом захисту цивільних прав та інтересів може бути, зокрема, визнання правочину недійсним.

Відповідно до частин 1, 2 ст. 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

Підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, встановлених частинами 1–3, 5 та 6 ст. 203 ЦК України. Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин) (ст. 215 ЦК України).

Згідно зі ст. 167 Господарського кодексу України, корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Під корпоративними відносинами маються на увазі відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав.

За змістом п. 4 ч. 1 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) господарським судам підвідомчі, зокрема, справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між юридичною особою та її учасниками (засновниками, акціонерами, членами), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи, пов'язаними зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої особи, крім трудових спорів.

І головна теза правової позиції Верховного Суду України: «Тобто, незалежно від суб'єктного складу, якщо учасник (акціонер) господарського товариства обґрунтовує відповідні позовні вимоги порушенням його корпоративних прав, то такий спір підвідомчий господарським судам...».

Аналіз наведених норм матеріального права з урахуванням положень пп. 18.1, 18.5.7 статуту ТОВ «Агроком», зважаючи на частку позивача у статутному фонді товариства (70 %), дає підстави для висновку, що акціонер (учасник) товариства може оспорити договір, вчинений господарським товариством, якщо обґрунтує відповідні позовні вимоги порушенням його корпоративних прав.

Таким чином, суди першої та апеляційної інстанцій дійшли обґрунтованого висновку про визнання недійсними зазначених договорів, оскільки їх укладання директором товариства з ТОВ «Агроком» свідчить про порушення корпоративних прав позивача щодо управління справами товариства, розподілу прибутку товариства (з одержанням своєї частки) від господарської діяльності товариства та погіршення майнового стану підприємства, що впливає на права позивача як учасника, з часткою у статутному капіталі товариства в розмірі 70 % [21].

Аналогічну правову позицію викладено у постанові Верховного Суду України від 21 січня 2015 р. у справі № 3-207гс14: «...Так, за змістом п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК України господарським судам підвідомчі, зокрема, справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між юридичною особою та її учасниками (засновниками, акціонерами, членами), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи, пов'язаними із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої особи, крім трудових спорів.

Тобто, незалежно від суб'єктного складу, якщо учасник (акціонер) господарського товариства обґрунтовує відповідні позовні вимоги порушенням його корпоративних прав, то такий спір підвідомчий господарським судам...» [22].

В аналогічній ситуації, переглядаючи справу № 5015/3721/12 в касаційному порядку, Вищий господарський суд України дійшов висновку про наявність підстав для задоволення заявленого учасником ТОВ «Три Оскара» позову про визнання недійсним укладеного відповідачами спірного договору купівлі-продажу нерухомого майна. Суд касаційної інстанції також погодився з висновками судів попередніх інстанцій стосовно того, що позивач як учасник товариства має право на захист своїх корпоративних прав та право на подання позову про визнання спірної угоди недійсною, і що обраний ним спосіб захисту свого порушеного права та охоронюваного законом інтересу відповідає способам захисту права, встановленим ст. 16 ЦК України, а право на його обрання передбачено ст. 215 ЦК України.

Натомість у доданих для порівняння постановвах суду касаційної інстанції у справі № 2-23/4600-2009, у справі № 18/3627/11, в яких, на думку заявника, суд касаційної інстанції, розглядаючи спір з аналогічним змістом позовних вимог та за подібних обставин справи, дійшов протилежного висновку – про відсутність підстав для задоволення позову учасника товариства стосовно визнання недійсним договору купівлі-продажу нерухомого майна. Вказане свідчить про нестабільність судової практики з означених проблемних питань, що пояснюється відсутністю у суду «належного тилу» (у вигляді достатнього нормативного регулювання проблеми захисту правового інтересу учасника корпоративних правовідносин) і незрілістю судової системи України проти авторитету судової влади країн *Common law*.

Для усунення розбіжностей у застосуванні судами касаційної інстанції зазначеної норми матеріального права, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України в постанові від 21 січня 2015 р. по справі № 3-214гс14 сформулила таку правову позицію.

Відповідно до ст. 115 ЦК України (у редакції, чинній на час виникнення спірних правовідносин), господарське товариство є власником майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу.

Згідно зі ст. 10 Закону України «Про господарські товариства» (у редакції, чинній на час виникнення спірних правовідносин), визначено права учасників господарського товариства. Проте учасник не наділений суб'єктивним правом щодо здійснення повноважень власника майна товариства, оскільки власником вважається товариство, права якого здійснюються через загальні збори учасників.

Однак звертаючись до суду із зазначеним позовом, позивач послався на те, що оспорюваним договором порушено його корпоративні права, оскільки відчуження основних активів товариства, до яких входило спірне приміщення, призвело до неможливості використання цього майна в господарській діяльності товариства і, як наслідок, – неможливості одержання відповідної частки прибутку товариства [23].

Необхідно зазначити, що таку правову позицію викладено у п. 51 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», в якому вказано, що законом не передбачено право акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва. На цій підставі господарським судам належить відмовляти акціонерам (учасникам) господарського товариства в задоволенні позову про укладення, зміну, розірвання чи визнання недійсними договорів та інших правочинів, вчинених господарським товариством. Спори цієї категорії є підвідомчими (підсудними) господарським судам незалежно від їхнього суб'єктного складу на підставі п. 4 частини першої ст. 12 ГПК України, якщо акціонер (учасник) господарського товариства обґрунтовує відповідні позовні вимоги порушенням його корпоративних прав [24].

Так, формування правової позиції Верховним Судом України з означеного питання позбавлене однорідності. У постанові від 18 квітня 2011 р. по справі № 3-29гс11 Верховний Суд України, розглянувши у відкритому судовому засіданні заяву публічного акціонерного товариства «ОТП Банк» про перегляд Верховним Судом України постанови Вищого господарського суду України від 21 грудня 2010 р. у справі № 8/219 пн-к за позовом Кирилова В. Д. до товариства з обмеженою відповідальністю «Луганська фірма “Силует”», публічного акціонерного товариства «ОТП Банк» про визнання недійсними договорів, дійшов висновку, що згідно з вимогами чинного законодавства України товариство є власником майна, переданого йому у власність засновниками та учасниками як внески, а управління товариством здійснюють його органи.

Статтею 10 Закону України «Про господарські товариства» визначено права учасників господарського товариства. Отже, учасник товариства не наділений суб'єктивним правом щодо здійснення повноважень власника майна товариства, а тому висновок суду першої інстанції, з яким погодився Вищий господарський суд України (про те, що спірні угоди порушують права позивача), не ґрунтується

на законі. Таким чином, позивач не належить до тих суб'єктів, котрі мають право оспорити зазначені договори.

Крім того, учасники господарського товариства не вправі звертатися до суду за захистом прав та інтересів інших учасників господарського товариства та самого товариства поза відносинами представництва, а також обґрунтовувати свої вимоги порушенням прав інших учасників товариства [25].

Аналогічна за змістом правова позиція Верховного Суду України доведена до юридичної спільноти постановою суду від 6 жовтня 2009 р. по справі № 3-4111 к09-45/19 тощо [26].

Проте, на нашу думку, динаміка правової позиції Верховного Суду України з означеного питання носить не кон'юнктурний характер, а обумовлена сучасною тенденцією розвитку громадського суспільства, в основі якої – принцип розумності, добропорядності і справедливості в площині реалізації п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на справедливий суд), а також відповідною традицією континентальної системи права, основу якого складає не судовий прецедент, а джерело права.

Європейський суд з прав людини у справі «Кредитний і індустріальний банк проти Чехії» 21 жовтня 2003 р. висловив позицію, що суб'єктивне право не може бути теоретичним та ілюзорним у результаті застосування зайве формалізованої процедури. При цьому процесуальні підстави відмови в доступі до правосуддя, які не враховують вказане, є порушенням ст. 6 Конвенції [5].

Показовим у цьому контексті є правова позиція Європейського суду з прав людини у справі «Ватан проти Росії» (рішення суду від 7 жовтня 2004 р., скарга № 47978/99). Так, суд при розгляді справи визнав, що «особистість» організації (за сенсом ст. 34 Конвенції) може бути значно ширшою від її юридичного статусу та включати в себе декілька юридичних осіб. Суд зазначив, що поняття «жертва», яке використовується в ст. 34 Конвенції, означає особу, до якої мають безпосереднє відношення дії або бездіяльність, що розглядаються (рішення по справі «Еккле проти Немечини» (Eckle v. Germany) від 15 липня 1982 р., § 66). У подальшому він зазначив, що прийняття скарги від «особи», якої можливе порушення стосується лише побічно, обґрунтовано тільки у виняткових обставинах, – зокрема, якщо прямо встановлено, що безпосередня жертва не має можливості звернутися до суду через органи, передбачені положеннями її статуту (рішення по справі «Агротексим та інші проти Греції» (Agrotexim and others v. Greece) від 24 жовтня 1995 р., § 66) [5].

У такому випадку суд виходить із процесуальної доцільності надання правового захисту особі, яка вважає себе потерпілою в сенсі ст. 34 Конвенції. Однак задля рівновекторного вирішення питання по суті спору Європейський суд з прав людини застосовує концепцію «piercing the corporate veil».

Слід погодитись із вченими, які визначають, що Європейський суд з прав людини у своїй практиці змінив скерованість цієї концепції, застосував її не для

покладення відповідальності на акціонерів (учасників), а для надання їм права на захист інтересів компанії. У такому разі суд доходить висновку, що права компанії та права її акціонера (учасника) слід розглядати як нероздільні й рівні за обсягом.

На думку Європейського суду з прав людини, вказані особи мають право подавати скаргу до суду на захист прав та інтересів юридичної особи, оскільки їхнє порушення впливає на права заявника, але за умови відсутності конфлікту інтересів між власне акціонерами (учасниками) [4, с. 51], що є досить розумним. Отже, право – «живий організм», який розвивається пропорційно розвитку громадянського суспільства і зміни світогляду його членів. Таким чином, розвиток корпоративних правовідносин обумовлює постійне вдосконалення форм і способів їхнього захисту, що проявляється в забезпеченні реалізації суб'єктивних цивільних прав, а також інтересів учасників таких правовідносин, так само, як і захисту не тільки безпосередньо учасників корпоративних правовідносин, але й пов'язаних із ними осіб.

Вищенаведене дозволяє зробити такі висновки. Впорядкування суспільних відносин забезпечується за допомогою відповідного механізму правового регулювання суспільних відносин. Фактором їхньої результативності є ефективність функціонування механізму захисту суб'єктивних цивільних прав і юридичних обов'язків учасників правовідносин. Вказане залежить не тільки від комплексу юридичних дій у межах відповідної правової норми, мета яких полягає у відновленні порушеного стану суб'єкта права. Суттєве значення має об'єкт правового захисту, яким, крім суб'єктивного цивільного права, також є правовий інтерес особи. Отже, правові можливості, гарантовані державою, не обмежуються суб'єктивним цивільним правом. Будучи опосередкованим природним правом, останнє включає до себе прагнення людини в задоволенні потреб особистості як відображення ступеня індивідуальної свободи – правовий інтерес.

Правовий інтерес не є складовою суб'єктивного цивільного права. Як його передумова і мета, він існує окремо, внаслідок чого отримує самостійне юридичне навантаження. Зокрема, критерієм розмежування суб'єктивного цивільного права і правового інтересу в цивільному праві України є спосіб захисту. Правовий інтерес як очевидне прагнення особи підлягає захисту, не обмежуючись змістом цивільних правовідносин, до якого у суб'єкта права існує розумний інтерес.

ВИСНОВКИ

Право на захист забезпечує належність реалізації суб'єктивного цивільного права та правового інтересу учасників у цивільних правовідносинах. Суб'єктивне цивільне право та правовий інтерес виникає із правомірного, має регулятивне значення в динаміці цивільних правовідносин. Право на захист актуалізується із протиправного, має мету виправлення дефекту в структурі цивільних правовідносин з метою їх належної реалізації.

Суб'єктивне цивільне право і правовий інтерес відображають міру можливої поведінки учасників цивільних правовідносин. Вона (поведінка) рефлексується від правомочностей учасників цивільних правовідносин. Так, забезпечення результативності для регулятивних правовідносин досягається за допомогою таких конструкцій, як правомочності на власні дії, правомочності вимоги необхідної поведінки від зобов'язальної особи. Для охоронних правовідносин, які скеровані на відновлення правового становища учасників цивільних правовідносин – правомочностей на захист. З огляду на означене, суб'єктивне цивільне право і право на захист не співвідносяться між собою за формулою «загальне – часткове».

Право на захист забезпечує реалізацію суб'єктивного цивільного права та правового інтересу в межах охоронних правовідносин. Якщо захист особою її суб'єктивного цивільного права є очевидним, то визначення інтересу особи стосовно цивільних правовідносин, захист яких вимагається, потребує встановлення юридичного алгоритму його забезпечення.

Механізм реалізації правового інтересу в цивільних правовідносинах, в структурі яких активна особа не має суб'єктивних цивільних прав, обумовлюється здатністю забезпечити захист суб'єктивних цивільних прав такої особи в інших, пов'язаних із ним цивільних правовідносинах. Так, формування правового інтересу особи генерується із наявного суб'єктивного цивільного права цієї особи, але в суміжних правовідносинах, охорона яких забезпечується за посередництвом захисту правового інтересу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Конституція України [Електронний ресурс] : станом на 30 верес. 2016 р. / Верховна Рада України. – 2016. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
- [2] Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р.О. Стефанчук. – Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління і права, 2007. – 625 с.
- [3] Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] : станом на 7 берез. 2018 р. / Верховна Рада України. – 2018. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
- [4] Афанасьев Д. Возможности защиты, предоставленные участниками и акционерами компаний Европейским судом по правам человека / Д. Афанасьев // Хозяйство и право. – 2012. – № 1. – С. 49–56.
- [5] Избранные решения Европейского суда по правам человека. Статья 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод / [сост.: К. Баранов, В. Громова, Н. Звягина, Д. Макаров]. – Москва : Московская Хельсинская группа, 2012. – 200 с.
- [6] Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / В.П. Грибанов. – Москва : Статут, 2000. – 411 с.
- [7] Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории) / С.Н. Братусь. – Москва : Юридическая литература, 1976. – 215 с.
- [8] Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения : монография / Л.А. Чеговадзе. – Москва : Статут, 2004. – 532 с.

- [9] Власова А. В. Структура субъективного гражданского права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Власова. – Ярославль, 1998. – 150 с.
- [10] Венедиктова И. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве : монография / И. В. Венедиктова. – Харьков : Точка, 2012. – 508 с.
- [11] Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1959. – 88 с.
- [12] Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. – Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1949. – 144 с.
- [13] Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность / А. В. Венедиктов. – Москва : Издательство АН СССР, 1948. – 834 с.
- [14] Мотовиловкер Е. Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивили-стический аспект) / Е. Я. Мотовиловкер // Правоведение. – 2003. – № 4. – С. 52–62.
- [15] Кархалев Д. Н. Концепция охранительного гражданского правоотношения : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Д. Н. Кархалев. – Екатеринбург, 2010. – 407 с.
- [16] Коструба А. В. Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин : монографія / А. В. Коструба. – Київ : Ін Юре, 2014. – 376 с.
- [17] Жорнокуй Ю. М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект : монографія / Ю. М. Жорнокуй. – Харків : Право, 2015. – 532 с.
- [18] Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – Москва : Госюриздат, 1950. – 360 с.
- [19] Справа про охоронюваний законом інтерес [Електронний ресурс] : Рішення від 01.12.2004 № 18-рп/2004 / Конституційний Суд України. – 2004. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.
- [20] Венедіктова І. В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві : монографія / І. В. Венедіктова. – Харків : Нове слово, 2011. – 260 с.
- [21] Справа № 3-327гс15 [Електронний ресурс] : постанова від 01.07.2015 / Судова палата у господарських справах Верховного Суду України. – 2015. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46078534>.
- [22] Справа № 3-207гс14 [Електронний ресурс] : постанова від 21.01.2015 / Судова палата у господарських справах Верховного Суду України. – 2015. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42576430>.
- [23] Справа № 3-214гс14 [Електронний ресурс] : постанова від 21.01.2015 / Судова палата у господарських справах Верховного Суду України. – 2015. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42576414>.
- [24] Про практику розгляду судами корпоративних спорів [Електронний ресурс] : постанова від 24.10.2008 № 13 / Верховний Суд України. – 2008. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08/page2>.
- [25] Справа № 3-29гс11 [Електронний ресурс] : постанова від 18.04.2011 / Верховний Суд України. – 2011. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15968263>.
- [26] Справа № 3-4111к09 [Електронний ресурс] : постанова від 06.10.2009 / Судова палата у господарських справах Верховного Суду України. – 2009. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9341164>.

REFERENCES

- [1] Verkhovna Rada of Ukraine. (2016). *Constitution of Ukraine*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

- [2] Stefanchuk, R. O. (2007). *Personal non-property rights of individuals in civil law (concept, content, system, peculiarities of implementation and protection)*. Khmelnytsky: Publishing of Khmelnytsky University of Management and Law.
- [3] Verkhovna Rada of Ukraine. (2018). *Civil Code of Ukraine*. Retrieved from <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- [4] Afanasyev, D. (2012). Possibilities of protection provided by participants and shareholders of companies by the European Court of Human Rights. *Business and Law*, 1, 49–56.
- [5] Baranov, K., Gromova, V., Zvyagina, N., & Makarov, D. (2012). *Selected solutions of the European Court of Human Rights. Article 11 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Moscow: Moscow Helsinki Group.
- [6] Griбанov, V. P. (2000). *Implementation and protection of civil rights*. Moscow: Statute.
- [7] Bratus, S. N. (1976). *Legal responsibility and legitimacy (theoretical essay)*. Moscow: *Yuridicheskaya Literatura*.
- [8] Chegovadze, L. A. (2004). *Structure and state of civil legal relations*. Moscow: Statute.
- [9] Vlasova, A. V. (1998). *Structure of subjective civil law* (PhD thesis, Saint-Petersburg State University, Yaroslavl, Russian Federation). Retrieved from <http://www.dissercat.com/content/struktura-subektivnogo-grazhdanskogo-prava>
- [10] Venediktova, I. V. (2012). *Legally protected interest in civil law*. Kharkiv: Tochka.
- [11] Tolstoy, Yu. K. (1959). *The theory of legal relations*. Leningrad: Publishing House of Leningrad University.
- [12] Ioffe, O. S. (1949). *The legal relationship under the Soviet civil law*. Leningrad: Publishing House of Leningrad University.
- [13] Venediktov, A. V. (1948). *State socialist property*. Moscow: Publishing House of the USSR Academy of Sciences.
- [14] Motovilovker, E. Ya. (2003). Interest as an essential point of subjective law (civilized aspect). *Jurisprudence*, 4, 52–62.
- [15] Karkhalev, D. N. (2010). *The concept of protective civic relationship* (Doctoral thesis, Ural State Law Academy, Ekaterinburg, Russian Federation). Retrieved from <http://www.dissercat.com/content/kontseptsiya-okhranitelnogo-grazhdanskogo-pravootnosheniya>
- [16] Kostruba, A. V. (2014). *Legal facts in the mechanism of law termination of civil relations*. Kyiv: In Yure.
- [17] Zhornokui, Yu. M. (2015). *Corporate conflicts in joint-stock companies: civil-law aspect*. Kharkiv: Pravo.
- [18] Bratus, S. N. (1950). *The subjects of civil law*. Moscow: Gosyurizdat.
- [19] Constitutional Court of Ukraine. (2004, December). Case about the interest protected by law. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>
- [20] Venediktova, I. V. (2011). *Methodological principles of the interests protected by the law in private law*. Kharkiv: Nove Slovo.
- [21] Chamber of Commerce in Economic Affairs of the Supreme Court of Ukraine. (2015, July). *Case No 3-327gs15*. Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46078534>
- [22] Chamber of Commerce in Economic Affairs of the Supreme Court of Ukraine. (2015, January). *Case No 3-207h14*. Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42576430>
- [23] Chamber of Commerce in Economic Affairs of the Supreme Court of Ukraine. (2015, January). *Case No 3-214h14*. Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42576414>

- [24] Supreme Court of Ukraine. (2008, October). *About the practice of consideration by the courts of corporate disputes*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08/page2>
- [25] Supreme Court of Ukraine. (2011, April). *Case No 3-29zc11*. Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15968263>
- [26] Chamber of Commerce in Economic Affairs of the Supreme Court of Ukraine. (2009, October). *Case No 3-4111k09*. Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9341164>

Анатолій Володимирович Коструба

Доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права
Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника
76018, вул. Шевченка, 57, Івано-Франківськ, Україна

Анатолий Владимирович Коструба

Доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права
Прикарпатский национальный университет имени Василия Стефаника
76018, ул. Шевченко, 57, Ивано-Франковск, Украина

Anatoly V. Kostruba

Doctor of Law, Associate Professor
Professor of the Department of Civil Law
Vasyl Stefanyk Precarpathian National University
76018, 57 Shevchenko Str., Ivano-Frankivsk, Ukraine

Рекомендоване цитування: Коструба А. В. Теоретичне розуміння системи правових форм захисту корпоративних відносин / А. В. Коструба // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 97–119.

Suggested Citation: Kostruba, A.V. (2018). Theoretical understanding of the system of legal forms of protection of corporate relations. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 97–119.

Стаття надійшла / Submitted: 06/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 09/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 10/03/2015

РОЛЬ ПРАВОВОЇ ІНІЦІАТИВИ У СТАНОВЛЕННІ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Анотація. *Стаття присвячена малодослідженій проблемі формування і реалізації правової ініціативи. Зростання соціальної активності, участь суб'єктів громадянського суспільства у політичних процесах, а також підвищення ролі правових засобів у регулюванні суспільних відносин значно актуалізують цю проблематику. Основна мета роботи полягає у визначенні ролі правової ініціативи у становленні громадянського суспільства. Спираючись на результати досліджень правових аспектів формування і становлення громадянського суспільства, автори статті акцентують увагу на необхідності глибокого аналізу структури громадянського суспільства, формування механізмів його контролю за державними інституціями, а також реалізації прав громадян на належне урядування. Встановлено, що правова ініціатива повинна підтримуватись не тільки на рівні державних органів влади, але і визначати можливість становлення і формування попередньої експертизи запропонованих рішень за участю громадськості. Авторами розглянута можливість структурування запропонованої ініціативи державних органів влади, а також можливість розвитку ініціативи з боку фізичної особи в міжнародному контексті.*

Ключові слова: міжнародне право, громадська вихованість, юридична відповідальність, правова держава, суспільні відносини.

Наталія Семеновна Кузнецова, Наталія Николаевна Оніщенко

Национальная академия правовых наук Украины
Харьков, Украина

РОЛЬ ПРАВОВОЙ ИНИЦИАТИВЫ В СТАНОВЛЕНИИ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

Аннотация. *Статья посвящена малоизученной проблеме формирования и реализации правовой инициативы. Рост социальной активности, участие субъектов гражданского общества в политических процессах, а также повышение роли правовых средств в регулировании общественных отношений значительно актуализируют эту проблематику. Основная цель работы заключается в определении роли правовой инициативы в становлении гражданского общества. Опираясь на результаты исследований правовых аспектов формирования и становления гражданского общества, авторы статьи акцентируют внимание на необходимости глубокого анализа структуры гражданского общества, формирования механизмов его контроля за государственными институтами, а также реализации прав граждан на соответствующее управление. Установлено, что правовая инициатива должна поддерживаться не только на уровне государственных органов власти, но и определять возможность становления и формирования предварительной экспертизы предложенных решений с учетом общественности. Авторами рассмотрена*

возможность структурирования предложенной инициативы государственных органов власти, а также возможность развития инициативы со стороны физического лица в международном контексте.

Ключевые слова: международное право, общественная воспитанность, юридическая ответственность, правовое государство, общественные отношения.

Natalia S. Kuznetsova, Natalia N. Onishchenko

*National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine*

THE ROLE OF THE LEGAL INITIATIVE IN THE ESTABLISHMENT OF CIVIL SOCIETY

Abstract. *The article focuses on an under-studied problem of formation and realization of the legal initiative. The growth of social activity, the participation of civil society actors in political processes, as well as the increase of the role of legal means in regulating social relations significantly update this topic. The main purpose of the work is to determine the role of the legal initiative in the formation of civil society. Drawing on the results of studies on the legal aspects of the formation and establishment of civil society, the authors of the article emphasize the need for a deep analysis of the structure of civil society, the formation of mechanisms for its control of state institutions, as well as the realization of citizens' rights to proper governance. It was established that the legal initiative must not only be supported at the level of state authorities, but also determine the capability of establishment and formation of a preliminary examination of the proposed solutions involving the public. The authors considered the possibility of structuring the proposed initiative from state authorities, as well as the possibility of developing an initiative on behalf of an individual in an international context.*

Keywords: international law, public decency, legal responsibility, constitutional state, social relations.

ВСТУП

Вітчизняне та зарубіжне правознавство не виробило єдиного підходу до розуміння права як явища об'єктивної реальності, але у цих доктринах є положення, які не викликають дискусій серед науковців. Зокрема, до них належить теза про право як не тільки важливий, а подекуди й унікальний соціальний регулятор.

Один із видатних сучасних правознавців С. С. Алексєєв зауважував, що «тільки право виявилось тим унікальним суспільним інститутом, здатним внаслідок досвіду, практики, відпрацювання при вирішенні різноманітних юридичних справ закріплювати та накопичувати “чисті” засоби і конструкції, які і на даний момент, і на майбутнє розглядаються як явище розуму» [1]. На переконання автора, призначення права – бути носієм і провідником високих розумних засад, їх перетворення в реальність, у практичне життя людей [1].

У такому контексті право як об'єктивне явище має самостійну соціальну цінність і певною мірою «автономізується» від держави. Водночас в умовах форму-

вання та розвитку громадянського суспільства держава набуває ознак правової. У юридичній літературі наголошується, що правова держава може існувати там і тоді, де і коли існує громадянське суспільство [2].

Співвідношення, взаємозв'язки та взаємний вплив громадянського суспільства і держави є предметом численних досліджень не тільки правників, але й філософів, соціологів, політологів.

Розглядаючи громадянське суспільство як спільноту, засновану на визнанні принципів правової рівності (егалітаризму), приватної власності як майнової основи розвитку економіки і визнанні та гарантуванні невід'ємних прав і свобод людини, і на цій основі здатну шляхом мобілізації та гармонізації своїх інституцій забезпечити саморегулювання процесу поступового розвитку, автори зазначають, що право за таких умов набуває ознак чи не єдиного демократичного інструменту узгодження та балансування інтересів усіх суб'єктів громадянського суспільства [3].

У сучасному світі, який розвивається в умовах глобалізаційних процесів, є необхідність створення та обґрунтування категорій, які обумовлені цими процесами. Це повною мірою стосується і подальшого розвитку методологічного потенціалу категоріально-понятійного апарату теорії держави і права. Водночас, розуміючи необхідність забезпечення його стабільності, не можна відкидати неминучість появи нових понять, термінів, дефініцій, які відбивають нові соціальні, економічні та правові реалії, в тому числі і у сфері сучасного право-державотворення [4].

У зв'язку з активізацією інститутів громадянського суспільства, особливо після Революції Гідності, вбачається актуальною проблема його участі у процесі правотворення. Відтак механізм реалізації ініціатив у праві (які умовно можна назвати «правовими ініціативами») має важливе і практичне, і теоретичне значення, однак досі не досліджувався у юридичній літературі.

1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

Перш за все, авторами розглянуто поняття «правова ініціатива», яка, поряд з наділеними правами, диспозитивністю і юридичною рівністю суб'єктів, є однією з основних рис цивільно-правового методу, що має дозвільний характер [5]. Як відомо, застосування цивільно-правового механізму засновано на використанні актів, що виходять від самих суб'єктів цивільного права. Останні можуть своїми цілеспрямованими діями встановлювати права і обов'язки, змінювати їх або припиняти. Такою є природа і особливості відносин, що регулюються цивільним правом. У них суб'єкти, які володіють майново-розпорядчою самостійністю, наділені правовою ініціативою, необхідною для задоволення їх майнових потреб та інтересів [6].

Правова ініціатива досить часто проявляється в дієздатності суб'єктів у процесі набуття ними суб'єктивних цивільних прав шляхом вчинення тих чи інших

угод. Здебільшого такі угоди є двосторонніми і взаємними та носять узгоджений характер. Йдеться про договори, які є засобом координації ініціативних правових дій учасників цивільних правовідносин [7]. У широкому використанні договору в цивільному праві знаходять своє вираження як правова ініціатива суб'єктів, так і всюдозволеність, оскільки договір виступає не тільки юридичним фактом, а й засобом індивідуальної регламентації відносин за допомогою угоди сторін.

Для з'ясування сутності правової ініціативи необхідно визначити її місце та роль у цивільно-правовому регулюванні суспільних відносин. У цивілістичній літературі поки немає однозначної відповіді на питання про те, чи є правова ініціатива принципом або методом. Одні автори відносять правову ініціативу до принципів цивільного права [8], інші – до методу [9]. Другий підхід, на погляд авторів, є кращим і більш обґрунтованим. Авторитетними представниками цієї позиції є В. А. Тархов і В. Ф. Яковлев. У своїх роботах вони переконливо довели, що особливості відносин, які регулюються цивільним правом, передбачають правову ініціативу суб'єктів і використовують їх цілеспрямовані дії як основну рушійну силу для задоволення своїх майнових потреб [10].

Безумовно, правова ініціатива є важливою і невід'ємною рисою цивільно-правового методу. Дійсно, механізм дії цивільного права заснований на використанні актів, що утворені від самих суб'єктів. Це обумовлено тим, що учасники цивільних правовідносин наділені правовою ініціативою. Остання, як було зазначено, характеризується здатністю суб'єктів, за допомогою цілеспрямованих дій, самостійно набувати права і обов'язки, змінювати їх і припиняти. Представлені твердження впливають із дозвільної сутності цивільно-правового методу як особливого способу впливу на суспільні відносини шляхом наділення правами та визнанням за суб'єктами суб'єктивного права на певну поведінку. Правова ініціатива суб'єктів цивільного права органічно пов'язана з дозвільним характером методу, розкриває його сутність і особливості. У той же час дозвільність методу може бути розкрита тільки через здатність громадян та юридичних осіб володіти правовою ініціативою.

Отже, правова ініціатива суб'єктів являє собою одну із ознак дозволу і розвиває головну рису цивільно-правового методу. Якщо розглядати питання конкретно, то правова ініціатива полягає в тому, що суб'єкти цивільного права набувають і здійснюють свої права власними діями і за своєю ініціативою, по своїй волі [11].

2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

У роботі використано метод прогнозування. Метод прогностичного характеру ґрунтується на тому, що автори розглядають можливість використання правових методів, форм регулювання та їх оптимізації під час представлення громадськими організаціями та громадянами ініціатив. Необхідно чітко розуміти, що ініціатива не завжди може проявлятися громадянами з метою оптимізації свого

місця існування і правового регулювання різних аспектів. Визначаючи можливість структурування та становлення громадянського суспільства, необхідно використовувати також і аналітичний метод. Кожна правова ініціатива громадян повинна відображати не тільки інтереси структури, але сприяти розвитку громадянського суспільства в цілому. Однак, за певних обставин, можливе використання правової ініціативи громадян для приватного використання і відстоювання певних інтересів невеликої групи людей. Це визначає можливість певного маніпулювання і дискредитації самої ідеї правової ініціативи. У зв'язку з цим авторами використовується прогностичний метод для виявлення ступеня зацікавленості суб'єктів владних повноважень у майбутньому правовому регулюванні суспільних відносин.

Правову ініціативу доцільно розглядати перш за все з огляду на можливості її формування і реалізації інституціями громадянського суспільства: представниками певних соціумів, професійних (корпоративних) груп, груп, сформованих за віковою ознакою, виокремлення груп за ознакою гендерної рівності тощо. Тобто суб'єктне коло носіїв правової ініціативи може бути досить широким і не має сталого, константного вигляду. Правова ініціатива може мати так званий «комбінований» характер, коли її реалізують як представники доктрини, так і юристи-практики [12].

3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

3.1 Розширення концепції щодо застосування правової ініціативи в умовах громадянської пасивності

Звертаючись до тлумачних словників з метою визначення змісту терміна «ініціатива», можна встановити, що ініціатива – це:

- перший крок у будь-якій справі, почин;
- пропозиція або почин, спрямовані на досягнення будь-чого;
- здатність висувати нові ідеї, пропозиції;

інший варіант:

- спонукання до дії, почин;
- керівна роль у яких-небудь діях;
- підприємливість, здатність до самостійних активних дій [13];

Слід наголосити, що правову ініціативу можливо розглядати з точки зору сутнісного наповнення, функціонального призначення, дієвого «насичення», а також як започаткування нового аналітичного напрямку правових напрацювань.

Як категорія правової реальності, правова ініціатива може мати декілька взаємопов'язаних проявів з відповідною екстраполяцією на суспільні відносини. Зокрема, вона може виникати на етапі оцінювання відповідного законопроекту, при встановленні можливості і необхідності подолання прогалин у праві, при внесенні змін в існуючі законодавчі норми або визнанні необхідності прийняття нових норм. До того ж, правова ініціатива може унормовуватися як правовою

доктриною (відповідні концепції, аналітичні записки, такі як: «Концепція забезпечення і захисту прав дитини в Україні»), так і юридичною практикою, наприклад, недавнє обговорення юридичною спільнотою проекту Закону про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії (реєстр. № 7147 від 28.09.2017 р.) [12].

Втім, підґрунтям подолання перерахованих негативних явищ мають стати не тільки економічні або соціальні фактори, але й власна громадянська позиція, власна спроможність давати відсіч негативним проявам нашого життя, тобто кропітка праця в усіх сферах життєдіяльності нашого суспільства. Багато в чому зазначена «спроможність» до особистих рішучих дій (саме дій, а не тільки нарікань) залежить від громадянського виховання, а отже, й від громадянської свідомості, від бажання проявляти ініціативу в усіх сферах життєдіяльності людини для покращення життя і особливо в сфері сучасного права, починаючи від особистої обізнаності з ним і завершуючи формуванням власної позиції з метою покращення праворегулюючих процесів.

Авторами показана проблема формування особистості, яка здатна самостійно мислити, приймати рішення, публічно висловлювати свою думку, усвідомлювати та брати на себе відповідальність за наслідки своєї публічної, в тому числі політичної діяльності. Тобто особистості, здатної належним чином проявляти ініціативу в праві. Отже, дискутуючи сьогодні про належну політико-правову активність, необхідно починати із самого початку – відповідного громадянського виховання (як процесу) та належної громадянської вихованості (як результату).

Адже тільки особистість, яка вихована в ідеалах демократії, найкращих взірцях розвиненого громадянського суспільства, людяності, порядності, високого служіння людству, і відданості громадянській позиції, може стати гідним членом українського суспільства.

Автори ставлять перед собою питання, чи є дієвою участь громадянського суспільства у формуванні права як важливого регулятора суспільних відносин? Чи є достатнім фактором те, що сама держава, яка в громадянському суспільстві має бути правовою, може повною мірою представити в процесі правотворення інтереси громадянського суспільства, без участі останнього?

Всі ці питання потребують проведення глибокого аналізу і дослідження різних аспектів як самого поняття громадянського суспільства, його структури, характеристики окремих складових, механізму взаємодії інститутів громадянського суспільства з паралельними державними структурами, здійснення контролю громадянського суспільства за діяльністю державних структур тощо.

У контексті проблеми, що розглядається, з висловленою в юридичній літературі точкою зору, що заперечує формулу Гегеля, який розглядає громадянське суспільство і державу як два врівноважені полюси, коли необхідно шукати гармонію між ними, державу слід розглядати не як складову у цій формулі, а як

результат, підсумок, наступний ступінь самоорганізації громадянського суспільства як динамічної системи. Тобто перед громадянським суспільством знаходиться «пасивна маса», наступний рівень – саме громадянське суспільство, яке усвідомило себе, розвивається та ускладнюється, наступний рівень – правова держава (ідеал, до якого необхідно прагнути). Так держава стає не складовою, а результатом у формулі [14].

З даним твердженням автори категорично не погоджуються, оскільки зазначено, що держава (хоча б і правова) на певному етапі «поглинає громадянське суспільство» і монополізує керівництво суспільним розвитком.

3.2 Участь громадян у колективній формі правової ініціативи

У юридичній літературі активно аналізуються правові аспекти становлення та розвитку громадянського суспільства в Україні.

Особлива увага приділена встановленню співвідношення між державою і громадянським суспільством. Так, А. М. Колодій зауважує, що «у співвідношенні суспільства і держави слід виділяти різні етапи, які відрізняються між собою притаманними їм форматами, принципами, методами, механізмами та ін., але всі вони врешті-решт демонструють ту роль і місце, яке відігравала та посідала держава в громадянському суспільстві. Ці роль і місце суттєво змінювалися і з часом дійшли тієї межі, коли в системі суспільних зв'язків домінуючим є їх відношення, що ґрунтуються на принципах саморегуляції і самоуправління, за якими має перебудовуватися і формуватися державність. Але остання у різних формах буде необхідна для розвитку людства. Доказом цього стосовно громадянського суспільства і правової держави є те, що зі збільшенням інститутів громадянського суспільства, а саме політичних партій, рухів, громадських об'єднань тощо, діяльність держави та її регулятивна роль не втрапить своєї актуальності, хоча форми і методи, обсяг регулювання можуть змінюватися [15].

Виходячи з наведеного, на всіх етапах розвитку як громадянського суспільства, так і держави, в тому числі правової, немає підстав у перспективі для «поглинання» правовою державою громадянського суспільства, оскільки останнє є самодостатньою соціальною структурою, що діє на основі принципів саморегуляції і самоуправління.

В умовах становлення громадянського суспільства і правової держави важливим чинником стає відродження поваги до права, реалізація принципів верховенства права і законності, підвищення авторитету громадської думки, формування та розвиток громадянської позиції (саме ці фактори і формують «ініціативне» ставлення до діючого або бажаного права). Безумовно, у переломні моменти право-державотворення значно зростає соціальна і правова активність.

Оскільки право є дієвим інструментом впорядкування відносин, приділяючи належну увагу правовій активності, слід наголосити, що вона є одним із видів соціальної активності, соціально-активної поведінки особистості, яку можна і слід

розглядати як юридично значущу. Поведінка кожної особи оцінюється відповідно до її наслідків, які в свою чергу можуть бути корисними, шкідливими або нейтральними як для особи, так і для суспільства в цілому. Таким чином, соціальна значущість, з огляду на інтереси суспільства, є корисною, якщо її передумовою є конструктивна правова активність суб'єктів. Або ж соціально-шкідливою, якщо порушуються певні соціальні норми. Таким чином, юридично значуща поведінка, як вважає переважна більшість теоретиків права, – це врегульована нормами і принципами права поведінка особи, що має певні юридичні наслідки.

Така поведінка виступає юридичним фактом, що зумовлює виникнення, зміну і припинення правовідносин, прав та обов'язків їх учасників, заходів юридичної відповідальності [16]. Таким чином, юридично значущу поведінку можна розглядати як соціальну свідомо-вольову поведінку особи, що передбачена нормами права і спричиняє або може спричинити певні юридичні наслідки. Будь-яка поведінка суб'єктів права, у сфері, врегульованій правом, є юридично значущою. Вона слугує формою вияву свободи особи, найважливішою формою існування будь-якої професійної діяльності, що здійснюється в державі, формою демократичних засад в певному суспільстві (і як наслідок – прояв ініціативи в праві).

Безумовно, правова активність є передумовою, засадою поведінки, яку можна і слід визначати юридично значущою. Зрозуміло, що будь-яка правова активність громадян спрямована саме на результат, на виникнення та регулювання відповідних правовідносин, розробку актів правотворчості, створення необхідних структурних ланок або скасування зайвих, застарілих в існуючому механізмі держави.

Встановлено, що результатом відповідної правової активності має бути певна регулююча дія, до якої саме і прагнуть її носії, проте передувати цій дії можуть ініціативи представників громадянського суспільства.

Отже, саме правова активність може і повинна сприяти зміцненню інститутів законності і правопорядку в державі і в цілому в громадянському суспільстві. Слід також підкреслити, що в жодному випадку регулююча роль народної правосвідомості не повинна протиставлятися регулюючій ролі права як центральному елементу правової системи. Нормативні взірці поведінки, що народжуються в сфері правосвідомості, і правові норми у власному розумінні цього слова нетотожні; але водночас вони не можуть бути категорично протиставлені, оскільки в основі сформульованої норми зазвичай лежать моделі поведінки, вироблені у сфері правосвідомості. Подібна генетична і функціональна взаємодія приводить до висновку про те, що правові норми в єдності з правовою свідомістю органічно включені у нормативну орієнтацію суспільства, а ініціатива в праві є своєрідним стартовим показником багатьох правових новацій.

Авторами зазначено, що прояв нормативної функції правосвідомості є неоднаковим в різні історичні періоди. Особливо виразно вона проявляється в періоди соціальних революцій, кардинальних перетворень у соціальній структурі

суспільства. Підтвердженням цього висновку може слугувати і історія правового розвитку України. Правова свідомість народних мас відображає ідеологічне ставлення до ролі права в суспільному житті, оскільки не всі відносять, що підлягають правовому врегулюванню новим законодавством, одержують «миттєве» закріплення в праві.

В той же час активна правова поведінка повинна свідчити про високий ступінь відповідальності суб'єкта, адже при реалізації правових норм суб'єкт діє досить активно, ініціативно, намагаючись покращити саме життя, сприяти найбільш ефективному регулюванню суспільних відносин на користь суспільства. Але соціально активна правова поведінка має бути відповідальною правомірною поведінкою, тобто такою, яка характеризується свідомим підкоренням вимогам закону. Тому питання правового світогляду і правової ідеології мають бути об'єктом дослідження науковців. Належний рівень правового світогляду є базовою складовою правової ініціативи, що виходить від представників громадянського суспільства [17].

Сьогодні юридична наука характеризується процесами, спрямованими на переорієнтацію правової проблематики щодо світоглядних основ правового життя суспільства. Саме наука кваліфікує правову думку як процес усвідомлення соціально-правової дійсності, правової «потенції» окремого індивіда, що відображає характер тієї чи іншої епохи, культури, цивілізації, громадянської активності.

Цікавим і маловивченим також можна визнати питання про форми прояву правової ініціативи. Зокрема, на думку авторів, вони можуть залежати від суб'єктного кола її носіїв, як-то: представників наукових кіл, юристів-практиків, інших представників громадянського суспільства [18].

Також, безумовно, форми прояву класифікуються залежно від превалювання теоретичного змісту або прикладного вектору застосування. В цілому такими формами прояву можуть бути наукові монографічні праці з відповідними узагальненнями щодо удосконалення національної правової системи, аналітичні записки стосовно підвищення ефективності законодавчих норм, розроблені концепції щодо основних проблем, пов'язаних із захистом прав людини, окремі статейні публікації з новаторськими підходами і пропозиціями по удосконаленню галузевих напрямів сучасного права тощо.

Більш практичне русло проявів правової ініціативи охоплюють науково-практичні міжнародні і національні конференції, «круглі столи» з відповідними рекомендаціями щодо підвищення ефективності діючого законодавства та результативності правової доктрини [19; 20]. Окремий цікавий ракурс у зазначеному контексті – проведення парламентських слухань з різних питань трансформаційних процесів, що стосуються правових державних змін сьогодення.

Дієвою формою правової ініціативи слід вважати також громадські слухання, що є найбільш характерними для встановлення позиції з певного правового питання представниками громадянського суспільства. На нашу думку, такі форми

будуть примножуватися з розвитком демократичних засад сучасного суспільства. Це можуть бути зустрічі перших посадових осіб держави з представниками широкої громадськості, де обговорюються питання назрілих реформаторських нововведень в правовому полі нашої держави. Прикладом може слугувати засідання Координаційної Ради сприяння розвитку громадянського суспільства – консультативно-дорадчого органу при Президентові України, де розглядаються питання про формування зрілого і активного громадянського суспільства в Україні.

Ілюстрацією прояву правової ініціативи у зазначеному контексті можна розглядати право-освітницький проект «Я маю право», започаткований Міністерством юстиції України.

Акцентуючи увагу на необхідності і важливості вивчення як самого явища правової ініціативи, так і форм його прояву, можна констатувати, що, з одного боку, це безумовно свідчить про демократичний правовий розвиток сьогодення, а з другого – демонструє реальні можливості представників правничої науки, юридичної практики, громадянського суспільства в цілому щодо різноманітних форм впливу на демократичні правові трансформації в державі, їх прискорення в усіх сферах життєдіяльності людини. Водночас ці питання є доволі складними та малодослідженими, комплексними за своїм характером, які потребують глибокого системного аналізу, з урахуванням як правових, так і філософських, політичних та соціальних аспектів. Але це має сприяти якісним змінам правового масиву, вдосконаленню права, його «олюдненню», гармонізації національної правової системи, демократизації владних інститутів. Правова ініціатива – це дієва форма реалізації права народу на належне урядування.

ВИСНОВКИ

Отже, становлення, розвиток і подальше вдосконалення структури типології правової ініціативи не слід розглядати як основу для прийняття всіх державних рішень. Авторами встановлено, що кожна ініціатива може направлятися як на вирішення деяких проблем, так і на захист прав певного кола осіб, які використовують не завжди дозволені методи для роботи і дослідження певної ситуації. Тому потребує актуалізації сенсу раніше сформоване розуміння правової ініціативи в аспекті забезпечення прав і обов'язків самих громадян. Досліджено, що громадяни повинні не лише забезпечуватися правом подачі ініціативних пропозицій, але і визначати структуру, яка сприятиме становленню і розвитку взаємодії між громадянами і державою. На думку авторів, досить цікавою є імплементація зарубіжного досвіду і поступового переходу до прямої демократії безпосередньо через висунення ініціатив від самих громадян. Тому представлені висновки є прогностичними і можуть бути представлені у формі розвитку і якісного структурування загальної правової системи держави. Концепція громадянського суспільства заснована на тому, що основою є людина і необхідно

зберігати співвідношення особи, суспільства, держави, оскільки інститути громадянського суспільства і держави формуються з метою забезпечення сприятливих умов для життя людини, захисту її прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Алексеев С. С. Линия права / С. С. Алексеев. – Москва : Статут, 2006. – 246 с.
- [2] Шагиева Р. В. Актуальные проблемы права / Р. В. Шагиева. – Москва : Норма, 2016. – 576 с.
- [3] The role of legal reform in supporting civil society: an introductory primer [Електронний ресурс] : International Center for Not-For-Profit Law and United Nations Development Programme. – 2009. – Режим доступу: [http://www.icnl.org/research/resources/dcs/-14-roleoflegal-en%20\(1\).pdf](http://www.icnl.org/research/resources/dcs/-14-roleoflegal-en%20(1).pdf).
- [4] Lall R. Beyond Institutional Design: Explaining the Performance of International Organizations. / R. Lall // International Organization – 2017. – Vol. 71. – No 2. – P. 245–280.
- [5] Кутейников Д. Л. Народная правотворческая инициатива в России: историко-правовой анализ / Д. Л. Кутейников // Проблемы права. – 2017. – Вып. 2. – № 61. – С. 36–41.
- [6] Галоян А. Р. Сравнительно-правовой анализ особенностей народной правотворческой инициативы на примере России и зарубежных стран / А. Р. Галоян // Вестник Амурского государственного университета. Серия: Гуманитарные науки. – 2017. – № 76. – С. 73–77.
- [7] Демин А. В. Диспозитивность как общеправовой концепт / А. В. Демин // Вопросы правоповедения. – 2017. – Вып. 1. – № 39. – С. 203–222.
- [8] Потапова В. С. Особенности правового регулирования правотворческой инициативы граждан как одна из гарантий реализации прав человека: зарубежный опыт / В. С. Потапова // Уральский научный вестник. – 2017. – Т. 11. – № 1. – С. 062–065.
- [9] Соловьева И. А. Участие граждан в законодательном процессе / И. А. Соловьева, С. А. Комаров // Теория государства и права. – 2017. – № 1. – С. 59–64.
- [10] Людвиг С. Д. Соотношение категорий «своя воля» и «интерес» в гражданском праве / С. Д. Людвиг // Экономика. Право. Общество. – 2017. – Вып. 1–9. – С. 70–78.
- [11] Быкова А. Г. Порядок формирования и регистрации инициативной группы граждан по реализации правотворческой инициативы граждан / А. Г. Быкова // Государственная власть и местное самоуправление. – 2017. – № 7. – С. 33–37.
- [12] Тимошенко В. І. Природна правосвідомість (з історії політичної правової думки) / В. І. Тимошенко // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2013. – № 2. – С. 77–84.
- [13] Куньч З. Й. Універсальний словник української мови / З. Й. Куньч. – Тернопіль : Навчальна книга – Богдан, 2005. – 847 с.
- [14] Грудцына Л. Ю. Актуальные проблемы права / Л. Ю. Грудцына. – Москва : Норма, 2016. – 362 с.
- [15] Тацій В. Я. Правова доктрина України // Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В. Я. Тацій, О. Д. Святоцький, С. І. Максимов. – Харків : Право, 2013. – Т. 1. – 976 с.
- [16] Петришин О. В. Теорія держави і права : підручник / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський. – Харків : Право, 2014. – 368 с.
- [17] Золотухина Т. А. О целесообразности расширения перечня субъектов права законодательной инициативы / Т. А. Золотухина // Научные ведомости Белгородского

- государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право. – 2017. – Т. 40. – № 10 (259). – С. 95–101.
- [18] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доповн.) / [авт.-уклад. В. Т. Бусел]. – Київ : ВТФ «Перун», 2005. – 323 с.
- [19] Shany Y. Plurality as a Form of (Mis)management of International Dispute Settlement: Afterword to Laurence Boisson de Chazournes' Foreword / Y. Shany // *European Journal of International Law*. – 2017. – Vol. 28. – No 4. – P. 1241–1249
- [20] Simpson M. Renegotiating Social Citizenship in the Age of Devolution / M. Simpson // *Journal of Law and Society*. – 2017.– Vol. 44. – No 4. – P. 646–673.

REFERENCES

- [1] Alexeyev, S. S. (2006). *Line of law*. Moscow: Statut.
- [2] Shagieva, R. V. (2016). *Actual problems of law*. Moscow: Norma.
- [3] International Center for Not-For-Profit Law and United Nations Development Programme (2009). *The role of legal reform in supporting civil society: an introductory primer*. ? Retrieved from [http://www.icnl.org/research/resources/dcs/-14-roleoflegal-en%20\(1\).pdf](http://www.icnl.org/research/resources/dcs/-14-roleoflegal-en%20(1).pdf)
- [4] Lall, R. (2017). Beyond Institutional Design: Explaining the Performance of International Organizations. *International Organization*, 71 (2), 245–280.
- [5] Kuteynikov, D. L. (2017). People's law-making initiative in Russia: historical and legal analysis. *Problems of Law*, 2(61), 36–41.
- [6] Galoyan, A. R. (2017). Comparative legal analysis of the peculiarities of the people's law-making initiative on the example of Russia and foreign countries. *Bulletin of the Amur State University. Series: The humanities*, 76, 73–77.
- [7] Demin, A. V. (2017). Dispositiveness as a general legal concept. *Questions of Jurisprudence*, 1(39), 203–222.
- [8] Potapova, V. S. (2017). Peculiarities of legal regulation of the law-making initiative of citizens as one of the guarantees for the realization of human rights: foreign experience. *The Urals Scientific Herald*, 11 (1), 062–065.
- [9] Solov'eva, I. A. & Komarov, S. A. (2017). Participation of citizens in the legislative process. *Theory of State and Law*, 1, 59–64.
- [10] Ludwig, S. D. (2017). Correlation of the categories “own will” and “interest” in civil law. *Economics. Right. Society*, 1–9, 70–78.
- [11] Bykova, A. G. (2017). The order of formation and registration of the initiative group of citizens on the implementation of the law-making initiative of citizens. *State Power and Local Self-Government*, 7, 33–37.
- [12] Timoshenko, V. I. (2013). Natural legal consciousness (from the history of political legal thought). *Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine*, 2, 77–84.
- [13] Kunch, Z. Y. (2005). *Universal Dictionary of the Ukrainian Language*. Ternopil: Navchal'na kniga – Bogdan.
- [14] Grudcina, L. Yu. (2016). *Actual problems of law*. Moscow: Norma.
- [15] Tasiy, V. Ya., Svyatotsky, O. D. & Maksimov, S. I. (2013). *Legal Doctrine of Ukraine*. General Theoretical and Historical Jurisprudence. Kharkiv: Pravo.
- [16] Petrishin, O. V., Pogrebnyak, S. P., Smorodinsky, V. C. (2014). *Theory of state and law*. Kharkiv: Pravo.
- [17] Zolotukhina, T. A. (2017). On the advisability of expanding the list of subjects of law of legislative initiative. *Scientific bulletins of Belgorod State University. Series: Philosophy. Sociology. Right*, 40 (10 (259)), 95–101.

- [18] Great explanatory dictionary of contemporary Ukrainian language (from supplementary and supplementary). (2005). Busel V. T. (Ed.). Kyiv: VTF “Perun”.
- [19] Shany, Y. (2017). Plurality as a Form of (Mis)management of International Dispute Settlement: Afterword to Laurence Boisson de Chazournes’ Foreword. *European Journal of International Law*, 28(4), 1241–1249
- [20] Simpson, M. (2017). Renegotiating Social Citizenship in the Age of Devolution. *Journal of Law and Society*, 44 (4), 646–673.

Наталія Семенівна Кузнєцова

Доктор юридичних наук, професор
Заслужений діяч науки і техніки України
Академік Національної академії правових наук України
61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Наталія Миколаївна Оніщенко

Доктор юридичних наук, професор
Заслужений діяч науки і техніки України
Академік Національної академії правових наук України
61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Наталія Семеновна Кузнєцова

Доктор юридических наук, професор
Заслуженный деятель науки и техники Украины
Академик Национальной академии правовых наук Украины
61024, ул. Пушкинская, 70, Харьков, Украина

Наталія Николаевна Оніщенко

Доктор юридических наук, професор
Заслуженный деятель науки и техники Украины
Академик Национальной академии правовых наук Украины
61024, ул. Пушкинская, 70, Харьков, Украина

Natalia S. Kuznetsova

Doctor of Law, Professor
Honored Worker of Science and Technology of Ukraine
Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Natalia N. Onischenko

Doctor of Law, Professor
Honored Worker of Science and Technology of Ukraine

Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Кузнецова Н. С. Роль правової ініціативи у становленні громадянського суспільства / Н. С. Кузнецова, Н. М. Оніщенко // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 120–133.

Suggested Citation: Kuznetsova, N. S. & Onishchenko, N. N. (2018). The role of the legal initiative in the establishment of civil society. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 120–133.

Стаття надійшла / Submitted: 12/01/2018

Доопрацьована / Revised: 07/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 13/03/2018

Надія Борисівна Писаренко

Кафедра адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ВІД ДОКТРИНАЛЬНОЇ ІДЕЇ ДО ПРАКТИЧНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ

Анотація. У публікації досліджено зміст елементів верховенства права, що визначені як обов'язкові Венеціанською комісією у доповіді, датованій березнем 2011 р. Дослідження здійснено з метою встановити, чи знайшли своє закріплення зазначені елементи в тексті Кодексу адміністративного судочинства України. Зроблено висновок, що стаття Кодексу із назвою «Верховенство права» вміщує інформацію щодо 2-х із 6-ти обов'язкових елементів. Запропоновано викласти відповідні норми Кодексу так, щоб вони були практично застосовними; їх приписи дозволяли наповнити сполучення слів «верховенство права» конкретним змістом, зрозумілим як представникам судової влади, так і приватним особам, вимушеним звертатися до останніх за захистом своїх прав. На прикладі рішення Європейського суду з прав людини проілюстровано, як нехтування суб'єктами влади навіть деякими із обов'язкових елементів призводить до ігнорування ідеї верховенства права в цілому.

Ключові слова: верховенство права, законність, юридична визначеність, заборона свавілля, адміністративне судочинство.

Надежда Борисовна Писаренко

Кафедра адміністративного права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
Харьков, Украина

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ: ОТ ДОКТРИНАЛЬНОЙ ИДЕИ К ПРАКТИЧЕСКОЙ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ

Аннотация. В публикации исследовано содержание элементов верховенства права, которые определены как обязательные Венецианской комиссией в докладе, датированном мартом 2011 г. Исследование осуществлено с целью установить, нашли ли свое закрепление указанные элементы в тексте Кодекса административного судопроизводства Украины. Сделан вывод, что статья Кодекса под названием «Верховенство права» содержит информацию о 2-х из 6-ти обязательных элементов. Предложено изложить соответствующие нормы Кодекса так, чтобы они были применимыми практически; их предписания позволяли наполнить сочетания слов «верховенство права» конкретным содержанием, понятным как представителям судебной власти, так и частным лицам, вынужденным обращаться к последним за защитой своих прав. На примере решения Европейского суда по правам человека проиллюстрировано, как пренебрежение субъек-

тами влади даже некоторыми из обязательных элементов приводит к игнорированию идеи верховенства права в целом.

Ключевые слова: верховенство права, законность, юридическая определенность, запрет произвола, административное судопроизводство.

Nadiia B. Pysarenko

*Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

THE RULE OF LAW IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS: FROM THE DOCTRINAL IDEA TO PRACTICAL IMPLEMENTATION

Abstract. *The publication examines contents of the elements of the rule of law, defined as mandatory by the Venice Commission in the Report in March 2011. The study was conducted to determine whether these elements were fixed in the text of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine. It has been concluded that the Article of the Code, entitled «the Rule of Law», contains information on 2 of the 6 mandatory elements. It has been proposed to set forth the concerning provisions of the Code in such a way that they would be practically applicable; their prescriptions would allow to contribute a specific content to the word combination «the rule of law», understandable both to representatives of the judiciary and private individuals, who are forced to appeal to the latter to protect their rights. As exemplified by the judgment of the European Court of Human Rights, it was illustrated that the neglect by the authorities even of some of the obligatory elements leads to the flouting of the idea of the rule of law in general.*

Keywords: the rule of law, legality, legal certainty, prohibition of arbitrariness, administrative proceedings.

ВСТУП

Відносно властивостей, об'єднаних поняттям «верховенство права», правники дискутують упродовж століть. Відомо, що британець Альберт Вен Дайсі є фундатором розуміння цього поняття. Його робота «Introduction to the study of the law of the constitution» [1] досі не втрачає своєї привабливості, безкінечно цитується, викликає захоплення, а іноді зазнає і критики. Але із кожним роком світ стає інакшим, а значить, визначені професором Дайсі риси верховенства права потребують не стільки пристосування до модерних умов, скільки уточнень.

Українські науковці, ґрунтовно досліджуючи творчу спадщину видатного британця, знаходять у його знаній роботі нові відтінки розглядуваної доктринальної ідеї, які забезпечують її дієвість у сучасних умовах [2; 3; 4; 5]. При цьому вони наголошують, що ця ідея отримує силу та життєздатність насамперед через розвинену культуру верховенства права, для якої є традиційним поважати права один одного, «не визнаючи пріоритету жодного із основних фундаментальних прав перед іншими, де межею для дії одного права є лише дія іншого права та дія закону» [5].

Особливої актуальності питання визначення змісту верховенства права набуває під час проведення реформ. Адже у теперішніх суспільствах зміни зазвичай пояснюються прагненням вигадати такі механізми, реалізація яких дозволить якнайкраще забезпечити дотримання вимог, що походять із сутності цієї фундаментальної категорії.

Усвідомлюючи, що через зміни процесуального закону можна запровадити згадані вище механізми, здійснена спроба відзначити найсучасніші позиції стосовно елементів верховенства права з метою з'ясувати, чи відтворені вони у приписах Кодексу адміністративного судочинства України – акта, що унормовує порядок судової діяльності, яка заслуговує особливої уваги, адже її результатом має бути захист прав, свобод, інтересів приватних осіб у відносинах із суб'єктами влади.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Для окреслення елементів верховенства права та з'ясування питання, чи закріплені вони у нормах Кодексу адміністративного судочинства України, у представленій статті використано різні теоретичні методи. Так, догматичний метод дозволив проаналізувати зміст елементів зазначеної категорії, виокремлених лордом Томасом Бінгемом у його лекції 2006 р. та визначених укладачами доповіді «Верховенства права» 2011 р. [6; 7]. Формально-логічний метод використано для встановлення вимог до діяльності представників судової влади, що впливають зі змісту елементів верховенства права. Метод системного аналізу допоміг розглянути норми Кодексу адміністративного судочинства України у сукупності з тим, щоб з'ясувати, чи відтворені згадані елементи у його приписах [8; 9].

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 *Верховенство права за Томасом Бінгемом*

16 листопада 2006 р. Старший судовий лорд Великої Британії Томас Бінгем представив у Кембриджському університеті лекцію «Верховенство права».

Обранню теми лекції передувала надзвичайна в історії Британії подія – прийняття Акта про конституційну реформу 2005 р., яким, поміж іншого, по-новому визначалася конституційна роль окремих британських державних інституцій із обережністю, однак, що такі новачки будь-яким несприятливим чином не вплинуть на «існуючий конституційний принцип верховенства права». Проте Акт не давав визначення верховенству права.

Отож, лорд Бінгем, підкреслюючи повсюдну вживаність сполучення слів «верховенство права» без встановлення його змісту, спробував з'ясувати, що розуміють сучасні британці під цією загальновідомою конструкцією.

Томас Бінгем на день подання лекції обіймав посаду Старшого судового лорда, «еквівалентом» якої з 2009 р. стала посада Голови Верховного Суду Великої

Британії. Будучи головним суддею своєї країни, на початку лекції він застерезливо й дуже гарно відзначив, що будь-які його погляди відносно розуміння верховенства права «можуть зів'язати або вмерти у світлі майбутніх змагальних доказів у конкретній справі» [6].

Незважаючи на останнє застереження, лорд Бінгем все одно дав своє бачення стрижневого правила верховенства права, а потім перелічив вісім підправил, що впливають із останнього, конкретизують його, зауваживши, разом з тим, що «нічого нового, на жаль, в них немає, і більш винахідливі уми могли б, без сумніву, запропонувати додаткові або кращі підправила, або обмежитись меншою їх кількістю» [6].

За Бінгемом, стрижнем принципу верховенства права є те, що всі особи і органи влади в державі (як публічні, так і приватні) повинні бути зв'язані законами та мати право ними користуватися, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та застосовними в судах.

Додаємо на розвиток цього першочергового правила завершальну цитату від лорда Бінгема: «...здається, що верховенство права дійсно значною мірою залежить від негласної, але фундаментальної домовленості між особою та державою, об'єктом та суб'єктом управління, відповідно до якої кожна зі сторін жертвує певною частиною свободи і повноважень, якими вони могли б володіти.

Особа, яка живе у суспільстві, беззаперечно погоджується, що він чи вона не можуть користуватися неприборканою свободою, яка була в Адама у райських кущах до створення Єви, та приймає обмеження, введені належним чином створеними законами, через користь, яку в кінцевому підсумку вони дарують.

Держава, зі свого боку, погоджується, що вона не може як всередині країни, так і за кордоном робити все, що заманеться, а лише те, що закони, якими вона зв'язана, уповноважують її робити.

Якщо цей висновок правильний, то він є втішним для всіх нас, хто, в тій чи іншій мірі, присвятив своє життя служінню законові, оскільки він означає, що ми не є (як нас інколи вважають) лише наглядачами за сухими розпорядчими правилами, а ми, разом з іншими, є хранителями священного вогню, який надишає та просвітлює суспільство, в якому живемо» [6].

Кожне із восьми підправил, наданих Томасом Бінгемом, заслуговує на окрему увагу.

Стрімке уявлення про ці підправила може бути таким: лорд Бінгем, формулюючи їх, фактично поставив вимоги до представників усіх гілок влади. Так, законодавець має ухвалювати зрозумілі, ясні, передбачувані та доступні закони, якими забезпечувати належний рівень фундаментальних прав людини. Виконавча влада повинна здійснювати надані їй повноваження розумно, добросовісно, винятково для тих цілей, для яких ці повноваження надавались, та без перевищення їх меж. Судова влада, як і виконавча, має застосовувати закони до

всіх однаково, за винятком випадків, коли різні об'єктивні умови слугують достатнім виправданням для диференціації. Суд повинен бути доступним і справедливим [6].

Здається, все дуже просто й універсально. Однак країни, що оперують у своїх законах поняттям «верховенство права», відзначаються відчутними, обумовленими різними обставинами відмінностями, а тому їх прагнення досягнути консенсусу стосовно обов'язкових його (верховенства права) елементів виглядає природним.

У цьому контексті доречно звернутися до тексту доповіді Венеціанської комісії «Верховенство права» 2011 р., автори якої, до речі, під час її укладання послуговувались авторитетним, представленим вище баченням лорда Томаса Бінгема.

2.2 Верховенство права у доповіді Венеціанської комісії 2011 р.

На самому початку доповіді її укладачі сповістили, що їхньою метою є виклад загальновизнаного чіткого розуміння верховенства права, завдяки чому міжнародні організації, а також національні та міжнародні суди могли би тлумачити та застосовувати цю фундаментальну цінність [7].

Поступово розглядаючи позиції відносно змістовного наповнення верховенства права, способів його відображення у позитивному праві, автори доповіді дійшли висновку, що обов'язковими елементами верховенства права є:

1. Законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права.
2. Юридична визначеність.
3. Заборона свавілля.
4. Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю.
5. Дотримання прав людини.
6. Заборона дискримінації та рівність перед законом [7].

Наведений список елементів у повній мірі відтворює текст доповіді у тій її частині, де він закріплений. Таке відтворення здійснено навмисно, щоб запропонувати сприймати верховенство права як ідею, сповнену ідеями. Таке сприйняття дозволяє говорити про те, що верховенство права панує там, де владні інституції керуються у своїй діяльності низкою чітко виражених правил, кожне з яких саме по собі є принципом, а значить бажаним є закріплення кожного з них у законі із подальшим його власним тлумаченням.

Згадаємо, що у додатку до доповіді Венеціанської комісії 2011 р. розміщено контрольний перелік питань для оцінки дотримання верховенства права в окремих державах. Питання в ньому сформульовано відносно до кожного із визначених Комісією обов'язкових елементів верховенства права [7].

У 2016 р. Венеціанською комісією на заміну першому варіанту контрольних питань розроблено новий, докладний їх перелік. Привертає увагу те, що у докладному переліку не сформульовано питань для оцінки такого елементу верховенства права, як дотримання прав людини. Але на підставі ознайомлення із питаннями, включеними до першого варіанту переліку, а також на підставі аналізу змісту докладного його варіанту, можна припустити, що укладачі останнього роблять висновок, що оцінка дотримання решти обов'язкових елементів верховенства права дозволяє впевнено пересвідчитися в тому, чи є повага до прав людини ідеєю, що панує у суспільстві, чи знайшла вона належне відображення у текстах нормативних актів, які походять від законодавця, чи керуються цією ідеєю ті, кого держава уповноважила на застосування норм права.

У передмові до переліку 2016 р. підкреслено, що верховенство права фокусується на обмеженні влади та незалежному контролі за діяльністю державних органів, а одним із найважливіших елементів контексту, у якому здійснюється принцип верховенства права, є правова система у цілому. Разом з тим, як далі відзначено авторами переліку, контекстуальні елементи верховенства права не обмежуються тільки правовими факторами. Наявність (або відсутність) у суспільстві загальної правової культури, а також те, як ця культура співвідноситься із існуючою правовою системою, допомагають визначити, до якого ступеня та наскільки конкретно ті або інші елементи верховенства права мають бути недвозначно прописані у законі [10].

Очевидно, що укладачі доповіді (як і лорд Бінгем у своїй лекції) висунули вимоги до владних суб'єктів, однак зробили це через встановлення обов'язкових елементів верховенства права та формулювання питань для оцінки його (верховенства права) дотримання. Спробуємо стисло визначити, в чому полягають ці вимоги щодо представників влади судової, але відійдемо від запропонованої в доповіді послідовності та дещо змінимо формулювання задля кращої їх пристосованості до діяльності зі здійснення правосуддя. В результаті основні положення будуть такими:

Правосуддя має бути доступним, а суд незалежним та безстороннім.

Суд, як і будь-який інший суб'єкт влади, повинен неухильно дотримуватися законів, діяти виключно у межах своїх повноважень.

Навіть у випадку, коли останні є дискреційними, суду заборонено припускати свавілля у своїй діяльності: рішення, ухвалені у результаті реалізації дискреційних повноважень, мають бути розумні, справедливі, обґрунтовані та позбавлені будь-яких ознак тиранії.

Розв'язуючи справу, суд повинен застосовувати закон однаково для всіх; жодній особі чи групі осіб не можуть надаватися особливі юридичні привілеї.

При цьому суд під час вирішення конфлікту має надавати закону тлумачення у спосіб, що забезпечує пріоритет прав людини.

І, нарешті, остаточні судові рішення не можуть піддаватися сумніву, а відтак вони не можуть бути предметом оскарження; «... жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду просто тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення» [11]. Такі рішення мають неухильно виконуватися, у тому числі через залучення дієвих механізмів, що спонукають до їх виконання. На завершення варто додати, що остаточність судових рішень виявляється також у тому, що існування у державі суперечливих актів, ухвалених представниками вищих судів, вважається неприпустимим.

Автор вважає важливим відзначити ще й таке: верховенство права панує там, де владні інституції дотримуються всіх без винятку принципів-правил, названих Венеціанською комісією обов'язковими його елементами; нехтування хоча б одним із них призводить до ігнорування самої ідеї.

2.3 Верховенство права у національному процесуальному законі

Кодекс адміністративного судочинства України 2005 р. був першим національним процесуальним законом, у тексті якого верховенство права названо одним із принципів судочинства; у відповідному переліку воно посідало вищу сходинку. Окрема стаття цього Кодексу – ст. 8 – мала такий зміст:

«1. Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

2. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини.

3. Звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

4. Забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини» [8].

В Кодексі адміністративного судочинства України у редакції 2017 р. верховенство права також посідає першу позицію у переліку засад (принципів) судочинства (ч. 3 ст. 2), а стаття із назвою «Верховенство права» не зазнала редакції (ст. 6).

Навіть поверховий аналіз ст. 6 дозволяє сказати, що законодавець в її тексті назвав два з шести елементів верховенства права – доступ до правосуддя (частини 3 та 4 статті) і дотримання прав людини (ч. 1). Така «усіченість» не компенсується наявністю ч. 2 із застереженням щодо застосування верховенства права з урахуванням практики Європейського суду з прав людини. Адже у своїх рішеннях Суд апелює до кожного з елементів, тобто досліджує дотримання верховенства права через з'ясування питання, чи не проігнорований будь-який з шести його обов'язкових елементів.

Зрозуміло, що решту елементів верховенства права згадують як у переліку принципів судочинства, так і у наступних положеннях Кодексу. Так, зі змісту ст. 7 «Джерела права, які застосовуються судом» впливає вимога законності як неухильного дотримання законів та здійснення владних функцій у межах наданих повноважень, ст. 8 говорить про рівність усіх учасників процесу перед законом і судом, а ст. 14 присвячена обов'язковості судових рішень [9].

Однак залишається питання, чи є виправданим, таким, що сприяє якнайкращому розумінню значення та змісту верховенства права, таке «розпорошення» його елементів в тексті процесуального закону? Чи створює подібний виклад нормативного матеріалу умови, за яких учасники судового процесу будуть повністю «озброєні» у протистоянні із владою, а суд зможе швидко і адекватно реагувати на порушення вимог, що охоплюються розглядуваним правовим явищем?

У цьому контексті логічним є спосіб викладення нормативного матеріалу, продемонстрований законодавцем у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» і, на жаль, не використаний в тексті Кодексу адміністративного судочинства України.

Частина 1 ст. 6 Закону «Завдання суду» виглядає так: «Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Статті з 6 по 14 Закону присвячено окресленню змісту засад судочинства, серед яких і ті, що є обов'язковими елементами верховенства права [12].

Отже, у згаданому Законі верховенство права представлено як доктринальна ідея, що наповнена чітко визначеними елементами, кожен з яких сам по собі є нормативно закріпленим принципом.

2.4 Дотримання верховенства права (на прикладі практики Європейського суду з прав людини)

До міркувань з приводу доцільності закріплення у процесуальному законі окремо кожного з елементів верховенства права наштовхує ознайомлення з одним із рішень Європейського суду з прав людини, постановленим у справі проти України, – із рішенням «Шокін проти України», датованим жовтнем 2010 р.

Нагадаємо, що в цьому рішенні Судом встановлено порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., оскільки заявника було зобов'язано сплатити додатково суму прибуткового податку з його доходу, отриманого не за місцем основної роботи, за наявності явної суперечності між Декретом Кабінету Міністрів України та Указом Президента України, які регулювали питання оподаткування доходів громадян [13].

Пан Щокін намагався захистити свої права у національних судах. Тричі (у 2002, 2003 та 2004 рр.) він звертався із позовними заявами, в яких просив визнати протиправними і скасувати податкові повідомлення, якими на нього покладался обов'язок сплатити донараховані суми податку. Останнє з 9-ти судових рішень було ухвалено Вищим адміністративним судом України за правилами чинного на той час Кодексу адміністративного судочинства України 2005 р. І лише перше судове рішення – рішення від 2002 р. – було постановлено на користь пана Щокіна: суд першої інстанції визнав протиправним та скасував оспорюване податкове повідомлення. Рештою рішень вимоги позивача визнавалися необґрунтованими, а акти податкових органів такими, що відповідають законові.

Європейський суд з прав людини, доводячи свою позицію відносно порушення конвенційних норм у даній справі, вказав на недотримання 3-х вимог верховенства права, а саме:

Законності: національні органи, вирішуючи «долю» справи Щокіна, застосовували норми без огляду на юридичну силу актів, в яких їх об'єднано.

Юридичної визначеності: акти з питань оподаткування, застосовані національними органами у справі Щокіна, явно суперечили один одному, а отже, їхні норми не гарантували, що перебіг відносин, які ними врегульовано, буде передбачуваним.

Заборони свавілля: покладаючи на пана Щокіна додатковий обов'язок щодо сплати податку, національні органи втрутилися у його право; таке втручання визнано судом свавільним, бо здійснено воно не на підставі закону та з недотриманням справедливого балансу між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав окремої особи (принцип пропорційності).

ВИСНОВКИ

Без сумніву, верховенство права є доктринальною ідеєю, відповідно до якої мають діяти всі носії влади.

Інше питання, на яке варто звернути увагу: чи не є доцільним у національному процесуальному законі замість викладення загальних, дуже поверхових фраз, фіксувати всі обов'язкові вимоги верховенства права й надавати їм пояснення з огляду на їх сприйняття Європейським судом з прав людини?

У пошуках відповіді на це питання ще раз повернемося до висловленої Венеціанською комісією глибокої та слушної позиції, за якою наявність (або відсутність) у суспільстві загальної правової культури, а також те, як ця культура співвідноситься із дійсною правовою системою, допомагають визначити, до якого ступеня та наскільки конкретно ті або інші елементи верховенства права мають бути недвозначно прописані у законі.

На мій погляд, за сучасних умов закріплення у приписах національного процесуального закону всіх обов'язкових елементів верховенства права є розумним;

відповідні приписи виглядатимуть практично застосовними, оскільки наповнять сполучення слів «верховенство права» конкретним змістом, зрозумілим як представникам судової влади, так і приватним особам, вимушеним звертатися до останніх за захистом своїх прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Dicey A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution* / A. V. Dicey. – 5th ed. – London : Macmillan, 1897.
- [2] Головатий С. Верховенство права : монографія : у 3 кн. / С. Головатий. – Київ : Фенікс, 2006. – 1747 с.
- [3] Малишев Б. В. Принцип панування права (the rule of law) у праці Альберта Дайсі «Вступ до вивчення конституційного права» / Б. В. Малишев // Проблеми філософії права. – 2008/2009. – № 6–7. – С. 118–123.
- [4] Фомін А. Альберт Дайсі про панування закону як верховенство права у вузькому сенсі / А. Фомін // Право Україна. – 2013. – № 10. – С. 170–177.
- [5] Єресько Л. Верховенство права як результат судової практики: погляди А. Дайсі / Л. Єресько // Юридична Україна. – 2016. – № 11–12. – С. 68–81.
- [6] Бінгем Т. Верховенство права [Електронний ресурс] : лекція / Т. Бінгем. – 2006. – Режим доступу: <http://legalitas.com.ua/ukr-t-bingem-verhovenstvo-prava/>.
- [7] Верховенство права [Електронний ресурс] : доповідь / Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія). – 2011. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr).
- [8] Кодекс адміністративного судочинства України [Електронний ресурс] : Верховна Рада України. – 2005. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
- [9] Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – 2017. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19>.
- [10] Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права [Електронний ресурс] / Европейская комиссия за демократію через право (Венецианская комиссия). – 2016. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-rus).
- [11] Справа «Брумереску проти Румунії» [Електронний ресурс] : рішення Європейського суду з прав людини / Європейський суд з прав людини. – 1999. – Режим доступу: <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=307>.
- [12] Про судоустрій і статус суддів [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – 2016. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.
- [13] Справа «Щокін проти України» [Електронний ресурс] : рішення Європейського суду з прав людини / Європейський суд з прав людини. – 2010. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_858.

REFERENCES

- [1] Dicey, A. V. (1987). *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan.
- [2] Holovaty, S. (2006). *The rule of law*. Kyiv: Phoenix.

- [3] Malyshev, B. V. (2008/2009). The rule of law in the work of Albert Dicey “Introduction to the study of the law of the constitution”. *Problems of the Philosophy of Law*, 6/7, 118–123.
- [4] Fomin, A. (2013). Albert Dicey on the rule of law as the rule of law in the narrow sense. *Law of Ukraine*, 10, 170–177.
- [5] Yeresko, L. (2016). The rule of law as a result of judicial practice: The views of A. Dacey. *Legal Ukraine*, 11–12, 68–81.
- [6] Bingham, T. (2006). *The rule of law*. Retrieved from <http://legalitas.com.ua/ukr-t-bingem-verxovenstvo-prava/>
- [7] European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). (2011). *The rule of law*. Retrieved from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr)
- [8] Verkhovna Rada of Ukraine. (2005). *Code of Administrative Justice of Ukraine*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>
- [9] Verkhovna Rada of Ukraine. (2017). *On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine and other legislative acts*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19>
- [10] European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). (2016). *Rule of law checklist*. Retrieved from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-rus)
- [11] European Court of Human Rights. (1999). *Case of Brumarescu v. Romania*. Retrieved from <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?Aidx=307>
- [12] Verkhovna Rada of Ukraine. (2016). *On the Judiciary and the Status of Judges*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>
- [13] European Court of Human Rights. (2010). *Case of Shchokin v. Ukraine*. Retrieved from http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_858

Надія Борисівна Писаренко

Кандидат юридичних наук

Доцент кафедри адміністративного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Надежда Борисовна Писаренко

Кандидат юридических наук

Доцент кафедры административного права

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

61024, ул. Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Nadiia B. Pysarenko

Candidate of Law, Associate Professor

Department of Administrative Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Писаренко Н. Б. Верховенство права в адміністративному судочинстві: від доктринальної ідеї до практичної імплементації / Н. Б. Писаренко // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 134–145

Suggested Citation: Pysarenko, N. B. (2018). The rule of law in administrative proceedings: From the doctrinal idea to practical implementation. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 134–145.

Стаття надійшла / Submitted: 10/01/2018

Доопрацьована / Revised: 21/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 16/03/2019

ДОСВІД СПЕЦІАЛІЗАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОЇ (КОМЕРЦІЙНОЇ) ЮРИСДИКЦІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗАХІДНИХ КРАЇНАХ

Анотація. У статті визначено основні історичні та порівняльно-правові аспекти виникнення та існування комерційних (господарських) судів у європейських країнах, США та Україні. Наводяться чинники усталеної тенденції до розширення спеціалізації судів щодо вирішення економічних спорів, адже поширеність системи спеціалізованого судочинства у справах економічного характеру в світі обумовлюється потребами розвитку економіки та окремою увагою держав до стимулювання оперативного та фахового вирішення певних категорій спорів. Йдеться про економічне правосуддя, яке може ґрунтуватися на спеціальній судовій компетенції щодо загалом господарських спорів або стосуватися однієї чи кількох категорій економічних справ. Підкреслюється доцільність існування та розвитку бізнесових та комерційних судів, рішення яких є більш якісними у порівнянні зі звичайними. Наголошується на актуальності існування арбітражних судів, створення яких було обумовлене активізацією підприємницької діяльності недержавного сектору економіки, а також необхідністю захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання публічного сектору економіки в умовах реформування та ринкових перетворень. Досвід функціонування спеціалізованих комерційних судів Європи та господарських судів України засвідчує, що їх існування повністю відповідає європейському досвіду розбудови судових органів. Зроблено висновок, що усунення спеціалізації з розгляду господарських справ в Україні не відповідає європейським стандартам у судочинстві, несе загрозу депрофесіоналізації судової діяльності та дестабілізації юридичної практики у сфері економіки.

Ключові слова: господарські суди, комерційні суди, арбітражні суди, спеціалізація у судовій системі, європейські стандарти у судочинстві.

Олег Петрович Подцерковный

Кафедра хозяйственного права и процесса
Национальный университет «Одесская юридическая академия»
Одесса, Украина

ОПЫТ СПЕЦИАЛИЗАЦИИ ХОЗЯЙСТВЕННОЙ (КОММЕРЧЕСКОЙ) ЮРИСДИКЦИИ В УКРАИНЕ И ЗАПАДНЫХ СТРАНАХ

Аннотация. В статье определены основные исторические и сравнительно-правовые аспекты возникновения и существования коммерческих (хозяйственных) судов в европейских странах, США и Украине. Приводятся факторы устойчивой тенденции к расширению специализации судов по решению экономических споров, ведь распространенность системы специализированного судопроизводства по делам экономического характера

в мире определяется потребностями развития экономики и отдельным вниманием государств к стимулированию оперативного и профессионального решения определенных категорий споров. Речь идет об экономическом правосудии, которое может основываться на специальной судебной компетенции по поводу хозяйственных споров в целом или касаться одной или нескольких категорий экономических дел. Подчеркивается целесообразность существования и развития деловых и коммерческих судов, решения которых являются более качественными по сравнению с обычными. Отмечается актуальность существования арбитражных судов, создание которых было обусловлено активизацией предпринимательской деятельности негосударственного сектора экономики, а также необходимостью защиты прав и интересов субъектов хозяйствования публичного сектора экономики в условиях реформирования и рыночных преобразований. Опыт функционирования специализированных коммерческих судов Европы и хозяйственных судов Украины свидетельствует, что их существование полностью соответствует европейскому опыту развития судебных органов. Сделан вывод, что устранение специализации по рассмотрению хозяйственных дел в Украине не отвечает европейским стандартам в судопроизводстве, несет угрозу депрофессионализации судебной деятельности и дестабилизации юридической практики в сфере экономики.

Ключевые слова: хозяйственные суды, коммерческие суды, арбитражные суды, специализация в судебной системе, европейские стандарты в судопроизводстве.

Oleg P. Podtserkovny

*Department of Economic Law and Process
National University "Odessa Law Academy"
Odessa, Ukraine*

THE EXPERIENCE OF SPECIALIZATION OF ECONOMIC (COMMERCIAL) JURISDICTION IN UKRAINE AND WESTERN COUNTRIES

Abstract. *The article defines the main historical and comparative legal aspects of emergence and existence of commercial (economic) courts in European countries, the United States and Ukraine. The article presents the factors of the established tendency to expand the specialization of courts regarding resolution of economic disputes, because the prevalence of the system of specialized legal proceedings in cases of economic nature in the world is conditioned by the needs of economic development and a separate attention of the states to stimulation of operative and professional resolution of certain categories of disputes. It is about economic justice, which can be based on special judicial field of general commercial disputes or relate to one or more categories of economic affairs. The article emphasizes the feasibility of the existence and development of business and commercial courts, whose solutions are more qualitative than ordinary ones. The article remarks the significance of the existence of arbitration courts, the creation of which was due to the intensification of entrepreneurial activity of the non-state sector of the economy, as well as the need to protect the rights and interests of business entities of the public sector during reformation and market transformation. The experience of the functioning of the specialized commercial courts of Europe and the economic courts of Ukraine demonstrates that their existence is completely equivalent to the European experience of the development of*

judicial system. It is concluded that the elimination of the specialization in reviewing economic cases in Ukraine does not reflect European standards in the judicial process, poses a threat to deprofessionalization of judicial activity and destabilization of legal practice in the economic field.

Keywords: economic courts, commercial courts, arbitration courts, specialization in the judicial system, European standards in legal proceedings.

ВСТУП

Актуалізація питань реформування економіко-правових відносин в Україні, пов'язана із використанням владою досить рішучих кроків на шляху до оновлення основних сфер суспільно-політичного життя, особливо наочно проявилася у сфері реформування судової гілки влади. Попри різне бачення шляхів вдосконалення системи судочинства, здатної вивести судову систему із кризи довіри суспільства, виникли досить радикальні пропозиції окремих осіб щодо цілковитого руйнування чинної судової системи. Постає навіть питання про доцільність існування господарських судів в Україні як спеціалізованих судових органів.

Набули чинності основні акти судової реформи, зміни до процесуального законодавства, які значною мірою зняли питання доцільності існування господарських судів у судовій системі України, що піднімалися окремими особами, насамперед, колишнім керівником Верховного Суду України.

Незважаючи на окремі недоліки, вказане реформування закріпило досягнутий рівень розгалуженості судової системи. Позитивний аспект запровадженого підходу полягає хоча б у тому, що не ототожнює проблеми структури судової системи та довіри до суддів. Країни Європи та інші країни мають безліч видів судових систем. Але довіра до суддів залежить не від судової системи, а від правового статусу судді, наявності ефективної адвокатури, здатної підтримувати високий фаховий рівень розгляду відповідних справ, досконалих процесуальних механізмів та незалежності суддів у правовому, адміністративному, фінансовому та інших рівнях [1; 2].

Разом із тим дискусія із цього питання чітко показує, що частина фахівців, особливо та, що не має практичного досвіду участі у розгляді господарських справ, має не досить вірне уявлення про особливості господарської юрисдикції, його традиції та значення для економічної системи країни [3; 4; 5].

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Певний автономний характер на конституційному рівні був закріплений за спеціалізованими судами та системою господарських судів при визнанні їх особливої ролі. Статус вищого суду системи за своєю змістовною основою передбачає комплексність функціональних напрямів діяльності вищого спеціалізованого господарського суду, відповідальність за координацію роботи всієї системи гос-

подарської юстиції й, певною мірою, здійснення судово-управлінських функцій. Конституцією визначається, що вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі суди.

Сьогодні існує полеміка щодо збереження спеціалізованої господарської юрисдикції судів. Останнім часом посилилася тенденція критичного ставлення до самостійного характеру судів господарської спеціалізації, висловлюються припущення щодо невизначеності предмета господарського та господарського процесуального права, недоцільності виокремлення так званих комплексних галузей права, які, на думку деяких фахівців, становлять ніщо інше, як норми класичних галузей (цивільного та адміністративного), якими регулюються відносини у певній (економічній) сфері. Висловлюються міркування щодо штучності господарсько-судової юрисдикції, відсутності у переважній більшості країн Європи окремих судів для вирішення цієї категорії справ, необхідності уніфікації господарського і цивільного судочинства, віднесення всього масиву справ за участю адміністративних органів до компетенції адміністративних судів, а відтак – в перспективі, повне інтегрування господарських судів до системи цивільних судів.

У працях таких учених-правознавців, як В. Ф. Опришко, О. Ф. Скакун, Р. А. Калюжний, М. М. Тищенко, О. М. Бандурка та ін. неодноразово вивчалось питання судової системи України та її окремих складових. При цьому увага поняттю та місцю господарських судів у національній судовій системі або взагалі не приділялася або ж приділялася в рамках іншої правової проблематики. Періодичне оновлення нормативно-правової основи функціонування господарських судів в різних країнах обумовлює проведення нових наукових досліджень у цьому напрямі. Тому метою статті є дослідження аспектів виникнення та існування комерційних (господарських) судів у європейських країнах, США та Україні.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Історичне підґрунтя виникнення та функціонування господарського (комерційного) судочинства

У питанні розвитку господарського (комерційного) судочинства слід розмежовувати юрисдикційні та процесуальні тенденції розвитку, які характеризуються взаємопов'язаністю та нерівномірною щільністю їхнього зв'язку. Адже функціонування спеціалізованих органів господарської чи комерційної юрисдикції у країнах світу не завжди супроводжується специфічними процедурами розгляду справ, і навпаки. Наприклад, на сьогодні в Україні діють окремі господарські суди із окремим процесуальним кодексом (ГПК), у Франції комерційні суди ухвалюють рішення на підставі загальних цивільних процесуальних норм, але з урахуванням специфічних положень, що стосуються виключно комерційного судового провадження, а у Шотландії – у звичайних судах шерифа обрані судді, яких наділили спеціальними правилами для спрощеного розгляду комерційних

спорів, хоча формально окремі спеціалізовані суди не створені [3]. Але у кожному із цих різних випадків йдеться про загальну світову тенденцію – юрисдикційне виокремлення господарського (комерційного) судочинства.

Господарське судочинство в Україні не можна вважати новим правовим феноменом як в Україні, так і в зарубіжних країнах. Відповідна спеціалізація в судовій системі відбулася не спонтанно, а пов'язана із торговими (комерційними) судами Європи, бізнесовими судами США, комерційними судами Російської імперії, органами державного арбітражу періоду СРСР, нарешті – із закріпленням процесуальної форми діяльності спочатку арбітражних, а згодом (з 2001 р.) – господарських судів України.

Утворення окремих судових органів для розгляду господарських (торговельних, комерційних) спорів та запровадження особливого порядку їх розгляду мало об'єктивний характер та завжди ставало економічною вимогою часу. Ці явища суспільного життя практично супроводжували виокремлення торгового права від права цивільного, що обумовлювалося особливими потребами суспільно-виробничих відносин, та згодом призвело до становлення галузі господарського (комерційного, бізнесового) права. У цьому зв'язку показовою є думка відомого українського мислителя К. Д. Ушинського, який ще у середині XIX ст. зробив висновок про утворення усередині громадянського суспільства «господарського суспільства» [4]. У практичному плані це означало встановлення особливих, пристосованих до оперативних потреб господарсько-торговельного обігу ефективних процедур розв'язання економіко-правових конфліктів. З наукової точки зору це слугує підтвердженням думки академіка І. Г. Побірченка про те, що господарське процесуальне право є процесуальною формою матеріального господарського права [5].

Утворення спеціалізованих судових органів для розв'язання економічних спорів має розгалужену історію у багатьох країнах. Багато у чому існування таких судів є правовою традицією. Іноді відповідні судові органи ліквідовувалися у зв'язку із періодичним поширенням ідей узагальнення судової юрисдикції. Але у більшості випадків країни, що випробували ефективність від окремої спеціалізації господарських (торговельних, комерційних, арбітражних) судів, зберігають та вдосконалюють відповідну спеціалізацію у зв'язку із безперечними перевагами від подібної структури судової системи (США, Франція, Німеччина, Бельгія, Ісландія, США, Білорусь, Україна тощо).

Геродот відмічав, що в давньому Єгипті іноземним купцям було надано право обирати зі свого складу суддів для вирішення справ з морської торгівлі. В Афінах у III ст. до н. е. існував особливий суд – навтодики. У давньому Римі, у період його розквіту, поряд із цивільним процесом – «*action*», існував і особливий процес «*recuperatio*», що застосовувався при вирішенні торговельних справ [6].

У XI–XIV ст., у зв'язку із бурхливим розвитком середземноморської торгівлі та виокремленням купецького стану, виникли особливі юридичні форми відносин між його членами. Йдеться про виникнення окремої консульської юрисдикції. Консулами виступали купці (комерсанти), спеціально обрані для вирішення спорів між членами гільдій від 6 місяців до року. *Консульська юрисдикція «consoli dei mercanti» була основною передумовою виникнення особливого спрощеного процесу з розгляду торговельних спорів.* За влучним зауваженням Г. Ф. Шершеневича, тимчасовий характер діяльності консулів призводив до того, що судді не «могли стати формалістами». Судовий розгляд відбувався в стислі строки і без ускладнених процедур, із зобов'язанням сторін з'явитися особисто, без жодних адвокатів. Аналогічні підходи застосовувалися в діяльності особливих судів для розгляду спорів у морській торгівлі «*curiae maritimae*» [7].

Поширення італійського досвіду утворення торговельних (морських) судів призвело згодом до виникнення, зокрема, у Франції спочатку у XII ст. тимчасових ярмаркових суддів «*conservations des foires*», а згодом – у 1563 р. згідно з едиктом Чарльза IX – першого постійно діючого комерційного суду у Парижі. Значним поступом у становленні окремої комерційної юрисдикції послужило видання у 1673 р. за едиктом Луї XIV першого комерційного кодексу Франції (Ordonnance de Commerce), кодифікації морського торговельного права 1681 р. (Ordonnance de la marine), положення яких згодом увійшли до Комерційного кодексу Наполеона 1807 р. Книга четверта останнього була присвячена комерційному судустрою і судочинству.

Система французьких комерційних судів значним чином вплинула у XIX ст. на інші держави Європи. Разом із наполеонівськими кодексами ці спеціальні суди завдяки швидкому розвитку торгівлі та промисловості поширилися на Бельгію, Голландію, Іспанію, Італію, Польщу (в одному лише герцогстві Варшавському було відкрито 9 комерційних судів, іменованих за французьким прикладом «торговими трибуналами» [8]). Увага до комерційної (господарської) юрисдикції не зменшується з часом. Зокрема, Комерційний кодекс Франції 2000 р. зберіг у майже незмінному вигляді положення про комерційне судочинство.

2.2 Сучасний стан комерційної (господарської) юрисдикції в зарубіжних країнах

У розвинутих країнах повсюдно зберігається та поглиблюється спеціалізація комерційних судів. Це стосується Франції, Бельгії, Португалії, Іспанії, Ісландії, Ірландії, Австрії (у Відні), Данії (у Копенгагені), окремих кантонів Швейцарії, Хорватії.

Поширеність спеціалізованих бізнесових та комерційних судів сьогодні набуває настільки стійкого розвитку, що сучасні американські дослідники називають це етапом, коли «поширення спеціалізованих бізнесових судів більше не

перебуває у початковому стані, не послаблюється в останні роки як засіб ефективного вирішення складних бізнесових та комерційних спорів» [9].

Досвід утворення бізнесових судів почав швидко поширюватися у США з початку 1990-х рр. – загальновідомого періоду економічного підйому, причому неоліберального, коли досвід утворення бізнесових судів у 1993 р. у Нью-Йорку та Іллінойсі пересвідчив інші штати щодо доцільності такого кроку із метою стимулювання бізнесової активності. Бізнесові суди були створені на рівні штатів, округів чи окремих міст у таких штатах: Північна Кароліна (1995), Нью-Джерсі (1996), Пенсільванія (2000), Массачусетс (2000), Невада (2000), Род-Айленд (2001), Меріленд (2003), Флорида (2004), Джорджія (2005), Орегон (2006), Колорадо (2006), Південна Кароліна (2007), Мен (2008), Нью-Гемпшир (2008), Алабама (2009), Огайо (2009) і Делавер (2010). Багато штатів утворюють, поряд із бізнесовими також спеціальні технологічні суди, що розглядають складні спори застосування технологій при веденні бізнесу. У Мічигані навіть прийняли рішення утворити «Кіберсуд». У Нью-Йорку, Чикаго, Філадельфії, штатах Массачусетс, Північна Кароліна та Нью-Джерсі початкові програми виокремлення відділень комерційних судів були розширені, додавши додаткових суддів та/або розширивши їх у додаткові округи [10].

При цьому не можна вважати, що у США відсутні супротивники такого кроку, що нагадує українські реалії. Попри потужний наступ бізнесового середовища за підтримки Національної адвокатської асоціації на користь утворення таких судів, у США зустрічаються й досі розгалужені обґрунтування «недоведення внеску бізнесових судів у поліпшення бізнесового середовища», що супроводжуються рекомендаціями не утворювати нові «бізнесові та технологічні суди» [11].

Але незважаючи на цю дискусію, практичний стан просування відповідної юрисдикції у США є досить переконливим – за останні кілька років знову ж таки збільшилася кількість штатів, де утворено відповідні суди, та їх кількість становить вже загалом 21, охопивши такі штати, як Айова, Мічиган, Західна Вірджинія [12]. У тому числі спостерігається різна практика – від утворення бізнесових судів у формі спеціальних відділень (*division*) судів, до утворення незалежних бізнесових судів, як от у Північній Кароліні, де було утворено у 1994 р. відповідний суд по рекомендації Комісії з бізнесового права та економіки при губернаторові. Причому позитивний досвід Північної Кароліни надихнув на утворення бізнесових судів у штатах Джорджія та Меріленд, адже тамтешня влада помітила, що юристи будь-що намагаються передати спори на вирішення бізнесового суду Північної Кароліни [13]. Попри складність із визначенням переліку справ, які належать до юрисдикції бізнесових судів (наприклад, у таких штатах, як Нью-Йорк діє вичерпний перелік відповідних справ, у Північній Кароліні допускаються «комплексні бізнесові справи») навіть супротивники бізнесової

юрисдикції беззаперечно визнають кращу якість рішень бізнесових судів у порівнянні із звичайними судами [14].

Хоча в окремих країнах комерційні суди утворені лише у великих містах чи провідних регіонах, але загальна тенденція до поглиблення спеціалізації зберігається. Зокрема, в Англії Комерційний суд має свої відділення у Лондоні, Ліверпулі і Манчестері, спеціальний Суд Адміралтейства та комерційні суди міст діють як місцеві суди відповідної спеціалізації. Ці суди розглядають справи на підставі Цивільно-процесуального акта, але з урахуванням досить розгалужених особливостей, встановлених Практичними директивами (Practice Directions), Реєстраційними циркулярами (Registrar's Circulars), виданими цими судами на доповнення до Регламентів судів (Rules of Court), не кажучи вже про Керівництво для комерційного судочинства (The Admiralty and Commercial Courts Guide), які розробляються суддями Адміралтейства та комерційних судів (див., наприклад: [15]).

Причому з червня 2017 р. усі комерційні суди Англії та Уельсу були об'єднані у єдину комерційну юрисдикцію «Суди по справах бізнесу та власності при Верховному суді Англії та Уельсу» (Business and Property Court of the High Court of Justice) із метою, як зазначила Лорд-канцлер Елізабет Трус, аби «наші юридичні послуги продовжували вести за собою світ і залишатись першим вибором для бізнесу» [16]. Під відповідну юрисдикцію підпадатимуть Спеціалізовані юрисдикції в Англії та Уельсі, які включають у себе Комерційний суд (включаючи Адміралтейський суд), Технологічний і Будівельний суд і суди канцелярії (включаючи ті, що займаються фінансовими послугами, інтелектуальною власністю, конкуренцією та неспроможністю). Суди по справах бізнесу та власності функціонуватимуть також у 5-ти основних регіональних центрах, де підтримується спеціалізація бізнесу, а саме: Манчестер, Бірмінгем, Лідс, Брістоль і Кардіфф. Очікується, що з часом суди по справах бізнесу та власності також будуть створені в Ньюкаслі і Ліверпулі [17].

Законодавцем мод у Європі щодо комерційних та господарських судів залишаються Франція та Німеччина. І якщо у Франції комерційні суди з'явилися раніше, то сучасна їх побудова запозичена з Німеччини. Причому якщо у Франції комерційні суди існують як окрема судова ланка, то у Німеччині господарські суди існують як спеціальне відділення місцевих судів, коли особа має право звернутися у більш спрощеному порядку, ніж у цивільному суді. Господарські суди діють при земельних судах ФРН та, на відміну від цивільних судів, слухають справи у складі професійного судді та двох «почесних суддів» з підприємницького середовища (по суті – народних засідателів). Що цікаво, історію цих комерційних судів німці, по-перше, рахують із 1508 р. (понад 500 років), а, по-друге, підкреслюють виняткову стабільність відповідного судочинства: «Починаючи із 1909 р. в правилах роботи складів по вирішенню комерційних спорів практично не було введено жодних суттєвих змін». Причому, як пишуть

гордівливі німці, зараз навіть Францією перейнята саме «німецька система» (запроваджена у Нюрнберзі у 1804 р.), позаяк первісно у Франції судді комерційних судів діяли винятково з числа підприємців [18].

Не менш показовим є й досвід наших найближчих сусідів. Зокрема, у Румунії до 2014 р. діяли лише три спеціалізовані комерційні суди: Клужький, Арджеський та Муреський, а з 2014 р., враховуючи позитивний досвід спеціалізації комерційних судів, прийнято рішення про відкриття комерційного суду у столиці – Бухаресті – із віднесенням до його компетенції «спорів щодо компаній, торгового реєстру, недобросовісної конкуренції та неспроможності» [19].

Серед європейських країн найбільш наближеною за структурою судової системи до України виявилася Республіка Хорватія, де, поряд із адміністративними судами та Вищими адміністративним судом, діють господарські суди на чолі із Вищим господарським судом. Замикає судову ланку Верховний суд Республіки Хорватія.

Поширеність системи спеціалізованого судочинства у справах економічного характеру в світі обумовлюється потребами розвитку економіки та окремою увагою держав до стимулювання оперативного та фахового вирішення певних категорій спорів. По суті йдеться про економічне правосуддя, яке може ґрунтуватися на спеціальній судовій компетенції щодо загалом господарських спорів або стосуватися однієї чи кількох категорій економічних справ.

2.3 Національні витоки створення та розвитку господарського судочинства

У багатьох середньовічних містах України, де діяло магдебурзьке право (м. Львів – 1356 р., Кам'янець на Поділлі – 1374 р., Луцьк – 1432 р., Житомир – 1444 р., Київ – 1494 р.), магістрати наділялися повноваженнями щодо судового вирішення спорів між купцями.

На початку XIX ст. в містах починають утворюватися перші, у сучасному розумінні, комерційні суди. У 1808 р. за Указом імператора Олександра I в Одесі був створений перший на території колишньої Російської імперії комерційний суд «подібно до Марсельського або Ліворнського». Створений цей суд був за ініціативою і на прохання відомого Одеського градоначальника і губернатора, герцога де Рішельє. Це відповідало власне духу Одеси, створеної як морські і торгові ворота держави, де торговельний стан відігравав вирішальну роль у розвитку міста. Значення цього суду для розвитку економічних відносин Одеси, коли за кілька десятиліть це місто стало третім за масштабом розвитку містом Російської імперії, вельми схвально оцінено сучасниками. Зокрема, В. С. Балух відмічає, що правильні юридичні принципи, покладені в основу організації комерційного судочинства, сприяли розквіту торгівлі та промисловості міста та краю [6].

У подальшому комерційні суди були створені в інших торгових містах України, зокрема у Феодосії (1819), Ізмаїлі (1824) тощо. У середині XIX ст. в Росій-

ській імперії почали виникати спроби ліквідувати спеціалізовані провадження у комерційних судах. Однак досвід вирішення торгових спорів у цих установах засвідчив, що в містах з активною торгівлею «многосложные торговые споры» від злиття з іншими справами та через застосування норм загального судочинства «подвергались значительным затруднениям». У зв'язку із цим імператорським Указом 1832 р. було постановлено «всемерно способствовать успешному движению сей важной части Государственного благоустройства, представили необходимым учредить Коммерческие суды везде...» [20]. Судова реформа 1864 р. майже не торкнулася комерційних судів, хоча й утворила певний дуалізм у провадженнях, що у них застосовувалися [21].

Комерційні суди Російської імперії діяли до 1917 р., коли були ліквідовані більшовиками, що заперечували, як відомо, прогресивне значення торгівлі та комерції. Але, незважаючи на заборону, в результаті часткої зміни влади, Одеський комерційний суд з перервами діяв аж до 1920 р.

Відсутність спеціалізованих органів з вирішення економічних конфліктів існувала не довго. Спроба заборонити судові позови між казенними установами (Декрет про суд №2) виявилася невдалою. Економіка навіть соціалістичного типу зажадала спеціалізованих органів з розгляду економічних спорів [22]. Це втілювалося у створенні в СРСР арбітражних комісій (у 1922 р. почала функціонувати Арбітражна комісія при Раді народного господарства та його місцевих органах, а з 5 червня 1931 р. – Державний арбітраж при Раді Народних Комісарів УРСР і міжрайонні органи Державного арбітражу).

Організаційно органи арбітражу були підпорядковані органам управління народним господарством. У 1929 р. відбулася спроба припинити діяльність відомчих арбітражних комісій, а у 1931 р. – міжвідомчих арбітражних комісій із передачею справ загальним судам. Але вже за кілька тижнів такий крок був визнаний помилковим та утворено органи державного арбітражу із більш широкими повноваженнями, ніж це передбачалося для арбітражних комісій. Державний арбітраж при Раді Міністрів СРСР діяв у майже незмінному вигляді до 1987 р., коли державні арбітражі отримали самостійність від органів державної виконавчої влади. Майже одразу після свого утворення органи арбітражу отримали спеціальні правила розгляду господарських спорів. Зокрема, у 1922 р. було ухвалено Положення про порядок вирішення майнових спорів між державними установами та організаціями. Це положення передбачало, по суті, лише особливості застосування цивільного процесуального порядку, що застосовувався у судах. Згодом, відповідно до Правил розгляду спорів органами Держарбітражу 1934, 1963, 1976, 1980 та 1988 рр. державні арбітражі отримали повний набір процесуальних інструментів для вирішення господарських спорів, що враховувало, передусім, специфіку арбітражного процесу, його спрямованість на оперативне та ефективне вирішення спорів.

Розширювалася також компетенція державних арбітражів. Ці органи отримали навіть правотворчі повноваження. Значення та якість виданих держарбітражами правил навіть сьогодні є відчутною. Наприклад, досі в Україні успішно застосовуються Інструкції № П-6 та № П-7 про порядок прийняття продукції за кількістю та якістю, прийняті Держарбітражем при РНК СРСР у 1965 та 1966 рр.

Як відзначив професор М. О. Абрамов, постійне розширення компетенції органів державного арбітражу та вдосконалення їх діяльності сприяло росту авторитету та значення їх серед інших державних органів [12].

Принципове відображення це знайшло у Конституції СРСР 1977 р. (ст. 163), де було закріплено положення про вирішення господарських справ органами Держарбітражу.

У 1991 р. на базі органів державного арбітражу на підставі Закону УРСР «Про арбітражний суд» були створені арбітражні суди України. У результаті прийняття цього закону арбітражні суди були остаточно відділені від органів виконавчої влади і увійшли в єдину систему судових органів, що мало принципове значення для забезпечення незалежності судів при здійсненні правосуддя. Необхідність створення арбітражних судів була обумовлена активізацією підприємницької діяльності недержавного сектору економіки, а також необхідністю захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання публічного сектору економіки в умовах реформування та ринкових перетворень.

6 листопада 1991 р. був прийнятий Арбітражний процесуальний кодекс, який суттєво розширив підвідомчість справ арбітражних судів у порівнянні з державними арбітражами. Крім справ у спорах між підприємствами, установами та організаціями, до відання арбітражних судів були віднесені будь-які спори між юридичними особами, в тому числі колгоспами, а також господарські спори за участю громадян-підприємців. Право на звернення до арбітражного суду отримали іноземні компанії. З'явилися такі категорії спорів, як справи про банкрутство, про визнання недійсними актів державних та інших органів.

Одночасно в Україні були створені Вищий арбітражний суд, арбітражні суди Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя. Хоча апеляційного розгляду відповідні провадження не передбачали, але голови обласних арбітражних судів наділялися функціями перегляду у порядку нагляду справ, що розглядалися у цих судах. Вищий господарський суд, відповідно, здійснював нагляд за рішеннями арбітражних судів та голів арбітражних судів.

Законом від 21 червня 2001 р. арбітражні суди були перетворені в господарські суди, що усунуло тавтологію у словосполученнях «арбітраж» та «суд», оскільки слово арбітраж у перекладі з французької означає третейський суд. Відповідно, назву Арбітражного процесуального кодексу було замінено на Господарський процесуальний кодекс, а система господарських судів та порядок господарського судочинства загалом набули сучасного вигляду.

ВИСНОВКИ

Досвід функціонування спеціалізованих комерційних судів Європи та США, господарських судів України засвідчує, що їх існування повністю відповідає провідному досвіду розбудови судових органів.

Саме тому не дивно, що не були сприйняті науковою громадськістю та бізнесом, а зрештою і політиками, пропозиції окремих популістів щодо скасування судової спеціалізації в Україні з огляду на «європейські стандарти». Спрощення судової системи шляхом скасування спеціалізації судів навіть не розглядається у розвинутих європейських країнах, адже несе ризики втрати безцінного досвіду професіоналізації судочинства як надійного елементу фахового та оперативного розгляду складних за своїм змістом господарських справ. Зокрема, якщо припустити ліквідацію господарських судів в Україні, то можна передбачити очевидні наслідки дестабілізації економічних правовідносин, позаяк стан справ із розглядом судових справ у загальних судах є набагато гіршим, ніж у господарських судах у зв'язку із більшою завантаженістю суддів, гіршими умовами відправлення правосуддя, порушеннями строків розгляду справ, меншою передбачуваністю судових рішень, не кажучи вже про загрозу втрати накопиченого в господарських судах інтелектуального потенціалу вирішення складних та багатоаспектних економічних конфліктів.

У жодній розвинутій країні світу протягом останніх десятиліть не відбулося спрощення у формі ліквідації спеціалізації судів, аналогічне запропонованому окремими популістами. У Російській Федерації, навпаки, на початку 2014 р. було ліквідовано Вищий арбітражний суд без жодного обговорення із юридичною громадськістю, хоча 80 найбільших тамтешніх юридичних фірм та провідні вчені закликали не робити цього. Тут останні були безсилі – для російського авторитарного керівництва централізація – це зайвий інструмент для диктату своєї волі судам. Але сподіватимемося, що Україна вже ніколи не стане на цей руйнівний шлях свавілля та волюнтаризму.

Поширеність системи спеціалізованого судочинства у справах економічного характеру в світі обумовлюється потребами розвитку економіки та окремою увагою держав до стимулювання оперативного та фахового вирішення певних категорій спорів. По суті йдеться про економічне правосуддя, яке може ґрунтуватися на спеціальній компетенції щодо загалом господарських спорів або стосуватися однієї чи кількох категорій економічних справ.

Система господарських судів, рухаючись від спеціальних квазісудових інституцій до спеціалізованих судових органів з розгляду економічних спорів, відображає загальносвітову тенденцію до виокремлення господарського (ділового) обігу з-поміж інших сфер людської діяльності та відповідного структурування державних інститутів, які його обслуговують. Державі залишається забезпечити вдосконалення порядку прискороного та ефективного вирішення економічних конфліктів, що сприяє інвестиційній привабливості економіки.

Хочеться сподіватися, що із прийняттям нового Господарського процесуального кодексу України у редакції Закону України від 03.10.2017 р., створенням вертикалі господарських судів на чолі із Касаційним господарським судом як підрозділом нового Верховного Суду відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р., деструктивні пропозиції щодо ліквідації господарських судів припиняться, а фахівці-практики та науковці зможуть повноцінно поглибитися у розроблення наукових та прикладних засад функціонування відповідної системи.

Проекти щодо знищення спеціалізованого судочинства, у тому числі господарського, мають бути рішуче відкинуті, позаяк несуть загрозу депрофесіоналізації судової влади та дестабілізації юридичної практики, що прямо суперечить завданням правових реформ та меті поновлення економічного зростання в країні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Mitchell B. L. History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade / B. L. Mitchell & L. A. Applebaum // *The Business Lawyer*. – 2004. – No 60. – P. 147–275.
- [2] Business and Property Courts: Media Release [Електронний ресурс] : Courts and Tribunals Judiciary. – 2017. – Режим доступу: <https://www.judiciary.gov.uk/announcements/business-and-property-courts-media-release>.
- [3] Commercial Action Procedure introduced at Edinburgh Sheriff Court [Електронний ресурс] : Anderson Stathern. – Режим доступу: <http://www.andersonstrathern.co.uk/legal-updates/commercial-action-procedure-introduced-at-edinburgh-sheriff-court-june-2013/#.VfCEBRHtlBc>.
- [4] John C. F. Business courts and interstate competition / C. F. John // *William and Mary Law Review*. – 2012. – No 53. – P. 1915–1953.
- [5] Stancu L. (MJ). Nu găsim un imobil pentru Tribunalul Comercial București [Електронний ресурс] : Agerpres / L. Stancu. – Режим доступу: <http://www.agerpres.ro/economie/2014/05/28/liviu-stancu-mj-nu-gasim-un-imobil-pentru-tribunalul-comercial-bucuresti-18-54-26>.
- [6] Renck R. L. Recent Developments in Business Commercial Courts in the United States and Abroad [Електронний ресурс] / R. L. Renck, C. H. Thomas. – Режим доступу: http://www.americanbar.org/publications/blt/2014/05/01_renck.html.
- [7] Tasks of a commercial judge [Електронний ресурс] : Association of Commercial Judges. – Режим доступу: <http://www.handelsrichter.eu/en/commercial-judges/tasks.html>.
- [8] Admiralty and Commercial Courts guide [Електронний ресурс] : Judges. – Режим доступу: <https://www.gov.uk/government/publications/admiralty-and-commercial-courts-guide>.
- [9] The Business and Property Courts of England & Wales: An Explanatory Statement [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/03/bpc-explanatory-statement-final-20170518-v2.pdf>.
- [10] Абрамов Н. А. Хозяйственно-процессуальное право Украины : учебное пособие (курс лекций) / Н. А. Абрамов. – Харьков : Одиссей, 2003. – 336 с.

- [11] Балух В. С. Одесский арбитражный суд. Два века истории / В. С. Балух, А. А. Сурилов. – Одесса : Юридична література, 2001. – 328 с.
- [12] Балух В. С. Два века истории хозяйственного правосудия Украины / В. С. Балух ; [науч. ред.: проф. П. П. Музыченко, А. А. Сурилов]. – Одесса : Астропринт, 2008. – 416 с.
- [13] Мы против ликвидации системы арбитражных судов! [Электронный ресурс] / Юридическое Агентство «ЭКВИ». – Режим доступа: <http://www.ecvico.com/publication/judicial-practice/ban-constitution-amendments/>.
- [14] Новоторговый устав 1667 г. [Электронный ресурс] / Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. – Режим доступа: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/novotorg.html>.
- [15] Побирченко И. Г. Предмет хозяйственного процессуального права / И. Г. Побирченко // Проблемы социалистической законности: Республ. межвед. науч. сб. – 1982. – Вып. 10. – С. 42.
- [16] Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Т. VII. 1832. – Санкт-Петербург, 1833. – Ст. 5360. – С. 268.
- [17] Притика Д. М. Правові засади організації і діяльності органів господарської юрисдикції та шляхи їх удосконалення / Д. М. Притика. – Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – 328 с.
- [18] Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо удосконалення засад організації та функціонування судової влади відповідно до європейських стандартів [Електронний ресурс] : проект Закону № 1497 від 17.12.2014 / Верховна Рада України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52976.
- [19] Про забезпечення права на справедливий суд [Електронний ресурс] : проект Закону № 1656 від 26.12.2014 / Верховна Рада України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53217.
- [20] Ушинский К. Д. О камеральном образовании // Ушинский К. Д. Собр. соч. – Москва ; Ленинград : Изд-во Акад. пед. наук РСФСР, 1948. – С. 208–209.
- [21] Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: (По изд. 1908–1912 г.): Введение. Торговые деятели / Г. Ф. Шершеневич. – Т. 1. – Москва : Бр. Башмаковы, 2003. – 480 с.
- [22] Юристы написали письмо против слияния судов // Московский комсомолец. – 20 ноября 2013. – С. 2.

REFERENCES

- [1] Mitchell, B.L. & Applebaum, L. (2004). A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade. *The Business Lawyer*, 60, 147–275.
- [2] *Business and Property Courts: Media Release*. (2017). Retrieved from <https://www.judiciary.gov.uk/announcements/business-and-property-courts-media-release>
- [3] *Commercial Action Procedure introduced at Edinburgh Sheriff Court*. Retrieved from <http://www.andersonstrathern.co.uk/legal-updates/commercial-action-procedure-introduced-at-edinburgh-sheriff-court-june-2013/#.VfCEBRHtlBc>
- [4] John, C.F. (2012). Business courts and interstate competition. *William and Mary Law Review*, 53, 1915–1953.
- [5] Stancu, L. (MJ) Nu găsim un imobil pentru Tribunalul Comercial București. Retrieved from <http://www.agerpres.ro/economie/2014/05/28/liviu-stancu-mj-nu-gasim-un-imobil-pentru-tribunalul-comercial-bucuresti-18-54-26>

- [6] Renck, R.L. & C.H. Thomas. Recent Developments in Business Commercial Courts in the United States and Abroad. Retrieved from http://www.americanbar.org/publications/blt/2014/05/01_renck.html
- [7] Association of Commercial Judges. Tasks of a commercial judge. Retrieved from <http://www.handelsrichter.eu/en/commercial-judges/tasks.html>
- [8] Judges (2013). The Admiralty and Commercial Courts Guide (2013, March). Retrieved from <https://www.gov.uk/government/publications/admiralty-and-commercial-courts-guide>
- [9] The Business and Property Courts of England & Wales: An Explanatory Statement. Retrieved from <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/03/bpc-explanatory-statement-final-20170518-v2.pdf>
- [10] Abramov, N.A. (2003). *Economic and procedural law of Ukraine*. Kharkov: Odyssey.
- [11] Baluch, V.S. (2001). *Odessa Arbitration Court. Two centuries of history*. Odessa: Juridichna literatura.
- [12] Balukh, V.S. (2008). *Two Centuries of the History of Economic Justice of Ukraine*. Odessa: Astroprint.
- [13] Legal Agency “ECVI”. We are against the liquidation of the system of arbitration courts! Retrieved from <http://www.ecvico.com/publication/judicial-practice/ban-constitution-amendments/>
- [14] The new trade regulations 1667. Retrieved from <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/novotorg.html>
- [15] Pobirchenko, I.G. (1982). The subject of economic procedural law. *Problems of socialist legality*, 10, 42.
- [16] Complete collection of laws of the Russian Empire. The second collection. Volume VII. 1832. Saint Petersburg, 1833. Art. 5360. P. 268.
- [17] Prikat, D.M. (2003). *Legal principles of organization and activity of bodies of economic jurisdiction and ways of their improvement*. K: Publishing House “In Yure”.
- [18] About the amendment to the Law of Ukraine “On the judicial system and the status of the judiciary”, the procurement of ambushes of the organisation and the functioning of the ship’s authorities to the European standards: the draft Law No. 1497 dated 17.12.2014. Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52976
- [19] On the protection of the right to a fair trial: draft law No. 1656 dated 26.12.2014. Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53217
- [20] Ushinsky, K.D. (1948). *About cameral education*. Moscow, Leningrad: Izdatel'stvo Akademii pedagogicheskikh nauk RSFSR
- [21] Shershenevich, G.F. (2003). Course of trade law: (According to the edition of 1908–1912): Introduction. Trade figures. Moscow: Brat'ja Bashmakovy
- [22] Lawyers wrote a letter against the merger of ships. *Moskovsky Komsomolets*. November, 20, 2013, 2.

Олег Петрович Подцерковний

Доктор юридичних наук, професор

Завідувач кафедри господарського права і процесу

Національний університет «Одеська юридична академія»

65009, Фонтанська дорога, 23, Одеса, Україна

Олег Петрович Подцерковный

Доктор юридических наук, профессор
Заведующий кафедрой хозяйственного права и процесса
Национальный университет «Одесская юридическая академия»
65009, Фонтанская дорога, 23, Одесса, Украина

Oleg P. Podtserkovny

Doctor of Law, Professor
Head of the Department of Economic Law and Process
National University “Odessa Law Academy”
65009, 23 Fontanska Road Str., Odessa, Ukraine

Рекомендоване цитування: Подцерковний О. П. Досвід спеціалізації господарської (комерційної) юрисдикції в Україні та західних країнах / О. П. Подцерковний // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 146–161.

Suggested Citation: Podtserkovny, O. P. (2018). The experience of specialization of economic (commercial) jurisdiction in Ukraine and Western countries. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 146–161.

Стаття надійшла / Submitted: 08/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 26/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 16/03/2018

В'ячеслав Станіславович Політанський

*Кафедра теорії держави і права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Відділ координації правових досліджень
Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

НОВАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ СТОСОВНО СТАДІЙ РОЗВИТКУ ЕЛЕКТРОННОГО УРЯДУВАННЯ

Анотація. *На основі дослідження та узагальнення масиву даних від провідних закордонних та вітчизняних науковців у статті розглядаються стадії розвитку електронного урядування в Україні та світі, здійснюється їхній загальнотеоретичний аналіз і пропонується авторський новаційно-правовий підхід з опрацювання даного питання. Встановлено, що електронне урядування (як і інші складні соціальні системи) характеризується складним процесом створення, впровадження та розвитку, який передбачає наявність певної послідовності стадій. Для реалізації кожної з цих стадій характерні: специфічна мета, сукупність критеріїв її досягнення, завдання, часові рамки та ресурси, що були задіяні; для усіх цих факторів спільними є кінцева мета системи та збереження її цілісності. Можна зробити висновок, що навіть поверховий огляд стадій розвитку електронного урядування говорить про те, що цьому питанню приділяється особлива увага – як в Україні, так і в інших країнах, – а тому перш за все необхідно усвідомлювати, що мова йде про інформатизацію органів державної влади: усіх її рівнів та усіх управлінських процесів.*

Ключові слова: електронне урядування, стадії, інформація, держава, інформаційно-комунікаційні технології, Інтернет.

Вячеслав Станиславович Политанский

*Кафедра теории государства и права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
Отдел координации правовых исследований
Национальная академия правовых наук Украины
Харьков, Украина*

НОВАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ВЗГЛЯДЫ ОТНОСИТЕЛЬНО СТАДИЙ РАЗВИТИЯ ЭЛЕКТРОННОГО УПРАВЛЕНИЯ

Аннотация. *На основе исследования и обобщения массива данных от ведущих зарубежных и отечественных ученых, в статье рассматриваются стадии развития электронного управления в Украине и в мире, осуществляется их общетеоретический анализ и предлагается авторский новационно-правовой подход по работе над данным вопросом. Установлено, что электронное управление (как и другие сложные социальные системы) характеризуется сложным процессом создания, внедрения и развития, который предполагает наличие определенной последовательности стадий. Для реализации каждой из*

этих стадий характерны: специфическая цель, совокупность критериев ее достижения, задачи, временные рамки и ресурсы, которые были задействованы; все эти факторы объединены финальной целью системы и условием сохранения ее целостности. Можно сделать вывод, что даже поверхностный обзор стадий развития электронного управления говорит о том, что этому вопросу уделяется особое внимание – как в Украине, так и в других странах, – а потому прежде всего нужно понимать, что речь идет об информатизации органов государственной власти: всех ее уровней и всех управленческих процессов.

Ключевые слова: электронное управление, стадии, информация, государство, информационно-коммуникационные технологии, Интернет.

Viacheslav S. Politanskyi

*Department of Theory of State and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Department for Coordination of Legal Studies
National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Kharkiv, Ukraine*

INNOVATIVE LEGAL VIEWS REGARDING STAGES OF DEVELOPMENT OF E-GOVERNANCE

Abstract. *Based on the research and generalization of the array of data from leading foreign and domestic scientists, the article considers the stages of development of electronic governance in Ukraine and the world, performs their general theoretical analysis, and proposes an author's innovative legal views about this issue. It has been established that electronic governance (like other complex social systems) is characterized by a complex process of creation, implementation and development that presupposes a certain sequence of stages. Realization of each of these stages is characterized by: a specific goal, a total of criteria for achieving it, tasks, time frames and resources that have been involved; all these factors are combined by the final goal of the system and the maintenance of its integrity. It can be concluded that even a brief overview of the stages of development of e-governance indicates that this issue is given special attention, both in Ukraine and other countries, and therefore, above all, it is necessary to understand that it is a matter of informatization of state authorities: of all its levels and all administrative processes.*

Keywords: electronic governance, stages, information, state, information and communication technologies, Internet.

ВСТУП

Електронне урядування (як і інші складні соціальні системи) характеризується складним і безперервним процесом створення, впровадження та розвитку, який передбачає наявність певної послідовності стадій. У процесі реалізації кожної з цих стадій можна виділити ряд характерних особливостей, таких як специфічна мета, сукупність критеріїв її досягнення, завдання, часові рамки та ресурси, що були задіяні; для усіх цих факторів спільними є кінцева мета системи та збере-

ження її цілісності. Усвідомлюючи усю важливість і необхідність впровадження новітніх інформаційно-комунікаційних технологій у державні процеси, потрібно звернути більшу увагу на стадії цього процесу: їхнє вдосконалення та оптимізацію. А тому можна вважати, що ті чи інші досягнення у сфері електронного урядування повинні визначатися новаційно-правовими поглядами на стадії його розвитку. Що стосується вітчизняної науки, то стадії розвитку електронного урядування не можна вважати достатньо розглянутими та вивченими, а багато дослідників не дійшли єдиної думки щодо стрижневих питань даної тематики.

1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

Недостатня наукова дослідженість стадій розвитку електронного урядування пояснюється складністю проведення їхнього загальнотеоретичного аналізу, що стосується як вітчизняної, так і міжнародної практики. Дослідженням окремих аспектів цього питання займалися такі вчені, як M. Castells, S. Madnick, V. Maugis, M. Siegel, E. W. Welch, З. А. Атаєв, В. М. Бабаєв, О. А. Баранов, А. В. Барановський, О. М. Бекетова, Н. Вінер, С. Л. Гнатюк, А. Голобуцький, В. П. Горбулін, Н. В. Грицяк, М. С. Демкова, С. В. Дзюба, Д. В. Дубов, А. В. Єфанов, І. Б. Жилиєв, О. В. Карпенко, Е. Л. Клепець, О. Ю. Кудрявцев, В. В. Марченко, Р. С. Мельник, А. М. Митко, Ю. Місніков, О. А. Ожеван, С. К. Полумієнко, Т. В. Попова, Г. Г. Почепцов, Є. А. Роговський, І. А. Рубан, А. І. Семенченко, Л. В. Сморгунов, Є. М. Стирін, С. А. Чукут та ін.

Метою статті є загальнотеоретичний аналіз стадій розвитку електронного урядування в Україні та світі, здійснений на основі дослідження та узагальнення масиву даних від провідних закордонних та вітчизняних науковців, а також пропозиція авторського новаційно-правового підходу з опрацювання даного питання.

2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

У дослідженні застосовуються як загальнонаукові, так і спеціальні для правознавства методи та способи наукового пізнання, згідно зі сформульованими метою та завданнями. Це дозволило якнайретельніше проаналізувати усі питання, які мають відношення до стадій розвитку електронного урядування в Україні та світі.

Так, діалектичний метод дав змогу охарактеризувати різні форми сучасних концепцій електронного урядування, а також те, яким чином воно пов'язується та взаємодіє з іншими правовими явищами. Порівняльно-правовий метод використовувався для дослідження та порівняння іноземного досвіду та масиву напрацьованих даних провідних закордонних та вітчизняних науковців. Метод аналізу й синтезу допоміг встановити, що електронне урядування (як і інші складні соціальні системи) характеризується складним процесом створення, впровадження та розвитку, який передбачає наявність певної послідовності ста-

дій. Для реалізації кожної з цих стадій характерні: специфічна мета, сукупність критеріїв її досягнення, завдання, часові рамки та ресурси, що були задіяні; усі ці фактори об'єднані фінальною метою системи й умовою збереження її цілісності. Використовуючи метод тлумачення, стало можливим навести авторські новаційно-правові погляди на стадії розвитку електронного урядування. За допомогою системного методу було встановлено, що усі суттєві елементи електронного урядування відображені в стадіях його розвитку, що збільшує зацікавленість у його теоретичному осмисленні та дослідженні. Метод узагальнення засвідчив той факт, що навіть поверховий огляд стадій розвитку електронного урядування говорить про особливу увагу, яка приділяється цьому питанню – як в Україні, так і в інших країнах, – а тому перш за все необхідно усвідомлювати, що мова йде про інформатизацію органів державної влади: усіх її рівнів та усіх управлінських процесів.

3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Електронне урядування (як і інші складні соціальні системи) характеризується складним процесом створення, впровадження та розвитку, який передбачає наявність певної послідовності стадій. А тому досягнення в цій сфері повинні визначатися з огляду на їхні стадії та періодизацію.

Якщо розглядати міжнародний досвід, то дослідження стадій розвитку електронного урядування залежатиме від часових періодів, серед яких виділяються такі:

– Перший період – технічний, 50-ті рр. ХХ ст. Перші електронно-обчислювальні машини, технічні та мережеві засоби тощо.

– Другий період – програмний, 1950–1970 рр. З'являються і розвиваються системи програмного забезпечення, операційні системи, мови програмування.

– Третій період – інформаційний, постіндустріальний, період економіки знань, 1970–1990 рр. Робота зі структурами й базами даних, побудова автоматизованих систем обробки інформації.

– Четвертий період – інтенсивна інформатизація, 1990–2000 рр. Набирає обертів розвиток інформаційних процесів, інформаційні системи вдосконалюються та розширюють коло своїх користувачів.

– П'ятий період – поступальна інформатизація, 2000-ні рр. і до сьогодні. Поступове поширення інформаційних технологій у всіх сферах суспільного життя, впровадження та законодавче закріплення інновацій, уряди ті інші органи державної влади у своїй діяльності все активніше послуговуються інформаційно-комунікаційними технологіями та переходять до електронного урядування [1, с. 37].

Відповідно до провідних дослідників даної проблематики (М. С. Демкова, М. В. Фігель) впровадження електронного урядування проходить чотири окремі стадії, або етапи розвитку, як їх називають автори. На першому етапі від-

бувається використання мережі органами державної влади. В основному, вони розміщують інформацію про себе з метою підвищення зручності для громадян і ділових партнерів. Такі сайти передбачають односторонній зв'язок, на сьогоднішній день тисячі з них уже створені і успішно працюють. На другому етапі вони перетворюються на інструменти для двостороннього спілкування, і громадяни отримують можливість вказувати нову інформацію про себе. Третій етап характеризується тим, що всі сайти уможливають офіційний і вартісний обмін інформацією, який піддається кількісним вимірам. Продовжити термін дії ліцензії, оплатити штраф або зареєструватись на навчальні курси – перелік подібних послуг досить різноманітний. Останній, четвертий етап передбачає наявність порталу для інтеграції усього комплексу урядових послуг і забезпечення вільного доступу до них – виходячи не з дійсної структури департаментів і відомств, а враховуючи реальні потреби та функціональні аспекти [2, с. 95–96].

Цілковто вдале дослідження стадій розвитку електронного урядування належить також і українському вченому та науковцю О. Ю. Кудрявцеву. Він наголошує на даних Відділу державної економіки та управління ООН та Американської фундації державного управління, відповідно до яких першою стадією вважається та, на якій державні органи та установи впроваджують елементи своєї присутності у всесвітній мережі – *початок веб-присутності держави*. Вона характеризується тим, що різноманітні відомства на різних рівнях влади створюють офіційні сайти та інформаційні сторінки, щоб інформувати громадян про структуру та засади своєї діяльності.

Другою стадією є *поглиблена веб-присутність*. Користувачів забезпечують доступом до значно більшого масиву даних, які регулярно оновлюються та доповнюються. Перспектива отримати усі необхідні відомості, що стосуються діяльності безлічі державних органів, тепер уже не примарна, а цілком реальна. В цей період важливо контролювати якість тієї інформації, яка надається для загального доступу.

Третя стадія – *інтерактивна присутність*. Взаємодія громадян з державними установами поглиблюється та інтенсифікується. Принциповою є зміна ставлення громадянина до держави.

Четверта стадія – *активна взаємодія*. Її настання ознаменоване зміною ролей та можливостей: відтепер громадяни можуть не лише пасивно отримувати та оцінювати інформацію, надану державою, але й віртуально виступати суб'єктом економічних, соціальних та інших відносин. Отримувати різноманітні бланки, форми та інші документи в режимі онлайн, здійснювати господарсько-економічну діяльність – перелік переваг, як ми можемо спостерігати, значно доповнюється.

П'ята стадія – *повністю інтегрована веб-присутність*. Єдиний портал значно розширює можливості усіх сторін: державні органи реалізують усі послуги та зв'язки за допомогою одного ресурсу, а громадяни надзвичайно швидко отри-

мують важливі дані та виступають суб'єктами в системі публічного адміністрування.

Згідно з О. Ю. Кудрявцевим п'ята стадія закінчує формування системи електронного урядування. На думку дослідника, майбутня практика принесе нове розуміння механізмів і засад віртуальної урядової діяльності та спричинить подальший розвиток інформаційно-комунікаційних технологій [3, с. 21–25].

Також, базуючись на вивченні та узагальненні значного масиву наукових досліджень та літератури з цього питання, склалася така думка про загальновизнані стадії розвитку електронного урядування, а саме:

1. Кібернетичний офіс. Зміни знаходяться в початковій стадії, електронне урядування використовується, в основному, для надання електронних послуг. Найнижчий рівень розвитку, характерна орієнтація на внутрішню діяльність.

2. Бюрократична структура. Відбувається інтеграція різних міністерств, постає питання збереження таємниці та забезпечення безпеки. Компетенцією уряду залишається надання послуг. Дещо вищий рівень розвитку, але, як і раніше, зберігається орієнтація на внутрішню діяльність.

3. Сервісне агентство. Модель ускладнюється новими перевагами і можливостями, які отримують громадяни. Постають питання, як виокремити ці можливості та забезпечити кращу якість надання послуг. Хоча орієнтація зміщується в бік зовнішньої діяльності, це все ще відносно низький рівень розвитку електронного управління.

4. Повністю електронне урядування [4, с. 465–466].

Стосовно стадій розвитку електронного урядування в Україні, то їм також притаманні певні особливості. Впровадження електронного урядування в Україні характеризується складним та безперервним процесом, який передбачає наявність певної послідовності стадій. Для реалізації кожної з цих стадій характерні: специфічна мета, сукупність критеріїв її досягнення, завдання, часові рамки та ресурси, що були задіяні.

Постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2003 р. № 208 передбачено:

- створення та інтеграцію електронних інформаційних систем і ресурсів в Єдиний веб-портал органів виконавчої влади та надання інформаційних та інших послуг через електронну інформаційну систему «Електронний Уряд»;
- створення електронної інформаційної системи «Електронний Уряд»;
- забезпечення дотримання вимог щодо захисту інформації, доступної через Єдиний веб-портал органів виконавчої влади та інтегровані в нього веб-сайти, електронні інформаційні системи і ресурси органів виконавчої влади;
- розробка та затвердження переліку і порядку надання інформаційних та інших послуг з використанням електронної інформаційної системи «Електронний Уряд» тощо [5].

Виконання цього акта фактично означало реалізацію першої з чотирьох стадій впровадження в Україні технології електронного урядування. Зміст сукупності заходів першої стадії складають такі документи, як: постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2009 р. № 737 «Про заходи щодо упорядкування державних, у тому числі адміністративних послуг» [6], яка затвердила Тимчасовий порядок надання державних, у тому числі адміністративних послуг; постанова Кабінету Міністрів України від 20 травня 2009 р. № 486 [7], якою утворено Комісію з питань удосконалення порядку надання державних та адміністративних послуг; розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 червня 2009 р. № 682-р [8], яким схвалено Концепцію проекту Закону України «Про адміністративні послуги»; указ Президента України від 03.07.2009 р. № 508 «Про заходи із забезпечення додержання прав фізичних та юридичних осіб щодо одержання адміністративних (державних) послуг» [9].

Друга стадія (розвиток послуг електронного урядування) спрямована на розвиток різноманітних послуг у всіх сферах суспільного життя, організацію та функціонування державних установ, а також на забезпечення тотальної перестройки усіх адміністративних процесів [10].

Третя стадія – спілкування держави з громадянами зміщується в бік двосторонньої взаємодії. Тут передбачається, що органи державної влади у своїй діяльності будуть впроваджувати та тиражувати типові відомчі технологічні рішення, створювати об'єднані портали для міністерств, різноманітних відомств і служб. Усі види транзакцій більше не потребують безпосереднього звертання до певної установи, їхня реалізація відбувається через вищезгадані портали.

На четвертій стадії відбувається трансформація діяльності державних органів та побудова інформаційного суспільства. Тут передбачено створення порталу, що інтегрує весь комплекс державних послуг і забезпечить доступ до них. Характерна ознака – зміни здійснюються з урахуванням реальних потреб і функціональних аспектів, а не з огляду на дійсну структуру владних установ [11, с. 36–39].

В розпорядженні Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2010 р. «Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні» наводиться три стадії його розвитку: I – 2011–2012 рр., II – 2013–2014 рр., III – 2014–2015 рр. Перша стадія включає:

- розроблення необхідної нормативно-правової та нормативно-технічної бази, зокрема щодо надання адміністративних послуг в електронній формі, а також єдиних стандартів, протоколів і регламентів взаємодії суб'єктів електронного урядування, їх гармонізацію з міжнародними стандартами;
- забезпечення функціонування веб-сайтів органів виконавчої влади всіх рівнів на основі єдиних стандартів;
- створення єдиної загальнодержавної системи електронного документообігу;

- створення Національного реєстру електронних інформаційних ресурсів та веб-сайтів органів державної влади та органів місцевого самоврядування на усіх рівнях;
- забезпечення надання органами державної влади та органами місцевого самоврядування послуг в електронній формі громадянам і суб'єктам господарювання з використанням Інтернету, зокрема реєстрація суб'єктів господарювання, подання звітності;
- створення єдиної інформаційної системи, що містить реєстр адміністративних послуг, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, та інформацію про умови їх отримання;
- створення Єдиного веб-порталу адміністративних послуг;
- створення спеціальних центрів (пунктів) надання послуг, центрів обслуговування населення (кол-центрів);
- створення умов для участі громадян, їх об'єднань і суб'єктів господарювання у процесі підготовки державних рішень;
- створення спеціального веб-порталу з метою забезпечення прозорості використання державних фінансів;
- забезпечення розвитку Національної системи конфіденційного зв'язку.

На другій стадії планується:

- організація надання послуг в електронній формі в усіх сферах суспільного життя;
- проведення повномасштабного реінжинірингу адміністративних процесів в органах державної влади та органах місцевого самоврядування;
- створення сприятливих умов для залучення громадських організацій до управління державними справами;
- освоєння технологій інтерактивної взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування з громадянами і суб'єктами господарювання;
- впровадження в діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування типових організаційно-технологічних рішень у сфері електронного урядування;
- забезпечення передачі електронних документів у державні архіви, музеї, бібліотеки, їх довгострокове зберігання, підтримка в актуалізованому стані та надання доступу до них.

На третій стадії передбачається створити:

- об'єднані веб-портали органів виконавчої влади, призначені для проведення відповідних трансакцій;
- єдину інформаційно-телекомунікаційну інфраструктуру органів державної влади та органів місцевого самоврядування;
- єдиний веб-портал електронного урядування як єдине місце доступу до всіх видів електронних послуг для громадян та суб'єктів господарювання з урахуванням потреб громадян і функціональних аспектів;
- національний депозитарій електронних інформаційних ресурсів [12].

Розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р «Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні» взагалі не закріплює будь-які стадії розвитку електронного урядування. Воно зазначає тільки загальні положення, наприклад, що реалізація Концепції передбачена на період до 2020 р. та покликана підтримати координацію та співпрацю органів державної влади та органів місцевого самоврядування для досягнення необхідного рівня ефективності та результативності розвитку електронного урядування, просування ідеї реформування державного управління та децентралізації на базі широкого використання сучасних інформаційно-комунікаційних технологій в усій країні, а також сприяти реалізації першочергових пріоритетів, визначених Стратегією сталого розвитку «Україна-2020» [13].

А тому, хоча варіанти визначення стадій розвитку електронного урядування в Україні та світі є, безсумнівно, цілком правильними, все ж убачається доцільним викласти їх у дещо видозміненій формі.

Стрижневим положенням першої стадії розвитку електронного урядування є дослідження іноземного досвіду тих країн, що є піонерами у його впровадженні, а саме аналіз усіх дій та процесів, до яких вони вдавалися. Як приклад можна згадати США, які є безперечним лідером у процедурному підході до фіксації змін у житті суспільства (тому й не дивно, що саме ця країна стала однією з перших, хто зайнявся розробкою систем електронного урядування) [14].

Серед європейських країн варто відзначити Велику Британію, яка ще з 2000 р. реалізовує програму «E-citizen, e-business, e-government» («Електронний громадянин, електронний бізнес, електронний уряд»). Це одна зі складових частин проекту «Стратегічної структури для обслуговування суспільства в інформаційному столітті», який має на меті розвиток і використання всіх електронних видів державних послуг, що надаються через Інтернет, мобільний зв'язок, цифрове телебачення, центри обслуговування викликів. Програма надає громадянам досить широкий спектр послуг в режимі онлайн: отримання довідок і документів, подання скарг і заяв, заповнення податкових декларацій, відповіді на різноманітні запити [15, с. 267–269].

Другою стадією є оцінка реальних можливостей для розвитку електронного урядування та визначення його необхідності в кожній окремій країні. Для адекватної оцінки необхідно враховувати індивідуальні аспекти, а саме – ті проблемні питання, які становлять основу для успішного розвитку електронного урядування. Може здаватися, що необхідність створення електронного урядування не викликає жодних сумнівів у своїй першочерговості, але не варто забувати, що на сьогодні все ще існує ряд країн, які не проминули первинних етапів свого розвитку. В таких випадках буде доцільним відкласти це питання на менш скрутні часи.

І тільки на третій стадії варто зайнятися вже безпосередньо створенням веб-ресурсів для урядових організацій з інформацією про їхні цілі та завдання. Це

період інтенсивного становлення, розробки та впровадження основних компонентів електронного урядування.

Четверта стадія полягає у створенні таких умов, за яких користуватись усіма перевагами електронного урядування є можливим у будь-який момент та у будь-якому місці, а доступ до них є вільним, безперешкодним та захищеним. До них належать:

- розробка загальнодержавної концепції електронного урядування;
- планування бюджету, в якому закладені усі витрати, необхідні для успішного впровадження електронного урядування;
- створення наукових шкіл, потужних підприємств у галузі інформаційно-комунікаційних технологій та розгалуженої інформаційно-технологічної інфраструктури;
- розповсюдження інформаційно-комунікаційних технологій у всіх сферах соціально-економічного життя та державних органах;
- формування системи державних послуг для громадян, бізнесу та державних службовців;
- створення єдиних класифікаторів, довідників та схем даних;
- визначення пріоритетів, за якими слід переводити державні послуги в електронний вигляд;
- формування інфраструктури, яка забезпечить різні органи державної влади взаємодією між собою, а також із організаціями та громадянами в питаннях надання державних послуг;
- встановлення процедури збору та обробки інформації, необхідної для визначення та контролю цільових показників результативності діяльності органів державної влади: створення єдиної системи планування і моніторингу ефективності реалізації державних програм і проєктів, а також доступ до цієї інформації громадян та формування єдиної нормативно-правової й нормативно-технічної бази, у тому числі єдиних стандартів, протоколів та регламентів взаємодії суб'єктів електронного урядування, законодавчим визначенням електронних державних послуг тощо.

Так, на прикладі України, нормативно-правова база повинна ґрунтуватися на таких нормативно-правових джерелах, як: Конституція України, Стратегія розвитку інформаційного суспільства, Середньострокова програма розвитку інформаційного суспільства, Короткострокова програма розвитку інформаційного суспільства, Державний бюджет України, Основні засади (концепція) розвитку інформаційного суспільства, Національна стратегія сталого розвитку України, Закон «Про персональні дані», Закон «Про електронну торгівлю», Закон «Про адміністративні послуги» та ін.

Мета п'ятої стадії – забезпечити комп'ютерну та інформаційну грамотність населення, насамперед через створення інформаційно-орієнтованої системи освіти. Формування всебічно розвиненої особистості є одним із найактуальні-

ших завдань сьогодення, досягненню якого значно сприяє використання в освіті новітніх комунікаційних технологій. Суть такого навчання полягає у формуванні баз даних з вільним доступом і зі структурованими професійними знаннями з певних предметних областей. Активному запровадженню новітніх інформаційних технологій в усі сфери суспільного життя перешкоджає саме низький рівень комп'ютерної грамотності населення, тоді як підвищення рівня його доступу до комп'ютерного обладнання та Інтернету, достатня компетентність у сфері інформаційно-комунікаційних технологій і поінформованість стосовно електронних послуг сприятимуть збільшенню попиту на користування електронними сервісами.

Шоста стадія полягає у створенні перших елементів інтерактивності – організації такої системи, при якій мета досягається інформаційним обміном елементами цієї системи. Це означає, що установи надають інформацію про свою діяльність, а веб-сторінки органів влади стають інструментами для двостороннього спілкування. Це надає змогу громадянам повідомляти актуальну інформацію (про зміну адреси, наприклад) без безпосереднього звертання, телефонного дзвінка чи повідомлення у відповідні структури.

Сьоомою стадією є запровадження повноцінної інтерактивності, тобто можливості здійснювати операції (сервіси) в режимі онлайн. Тут має значення вже не саме інформування, а обслуговування, і підтримка такого сервісу відбувається не тільки для центральних органів влади, але й для міських та районних її осередків. Як приклад можна навести інтернет-портал iGov.org.ua, який створила команда українських ІТ-волонтерів спільно з громадською організацією ICT Competence Center. Завдяки цьому ресурсу українці зможуть отримувати державні послуги в електронному форматі без особистої взаємодії з відповідними службами.

Восьма стадія передбачає формування об'єднаних порталів різних відомств і служб, що були створені на третій стадії у вигляді веб-ресурсів.

Дев'ята стадія полягає у створенні на основі попередньої об'єднаних порталів, але вже не обмежених територіальними кордонами певної країни, а таких, що діють у масштабах певних союзів, об'єднань чи навіть континентів.

І, нарешті, десята стадія розвитку електронного урядування. Вона полягає у створенні повноцінної електронної системи державного управління на основі єдиних стандартів як єдиної точки доступу, де найвищим ступенем розвитку електронної демократії є запровадження електронної системи волевиявлення та можливості надання різноманітних послуг. У такому випадку уся інфраструктура електронного урядування потребуватиме особливої безпеки, яка досягається розповсюдженням і суцільним використанням таких технологій, як електронні підписи і сертифікати, а також смарт-карти.

В цілому, на завершальній стадії розвитку електронного урядування найбільш чітко має проявлятися його зв'язок з електронною демократією, віртуаль-

ною державою, сталим інформаційним суспільством, таким, яким його бачив іспанський соціолог М. Кастельс [16, с. 193–197].

Здійснення та дотримання стадій розвитку електронного урядування приведе до докорінного переосмислення ролі та структури державних органів. Громадяни опиняться за кермом, а послуги та інформація для населення будуть надаватися відповідно до їх потреб та вимог. Люди зможуть персоніфікувати доступ до порталів державних служб, а також користуватися послугами не тільки держави, але й комерційних веб-сайтів і громадських порталів. Це сприятиме становленню інформаційного суспільства і таких моделей урядування, де громадяни ширше залучатимуться до процесу прийняття рішень [1, с. 97–99].

ВИСНОВКИ

Підсумовуючи все вищезазначене і ґрунтуючись на власному баченні стадій розвитку електронного урядування, можна зробити такі висновки. Так, у світових масштабах дослідження стадій розвитку електронного урядування було розпочато ще у 1950-ті рр. та продовжується й до сьогодні. В Україні виконання постанови Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо створення електронної інформаційної системи “Електронний Уряд”» від 24.02.2003 р. № 208 фактично означало реалізацію першої з чотирьох стадій впровадження технології електронного урядування. Але не дивлячись на безсумнівно правильний напрям визначення стадій розвитку електронного урядування, все ж убачається доцільним викласти їх у дещо видозміненій формі та розробити щодо них новаційно-правові погляди, які дозволять переосмислити ролі і структури електронного урядування. Оскільки саме стадії розвитку відображають всі основоположні, поетапні та найголовніші елементи електронного урядування й підвищують інтерес до його теоретичного осмислення та дослідження.

Отже, можна сказати, що навіть поверховий огляд стадій розвитку електронного урядування говорить про особливу увагу, що приділяється даній проблематиці – як в Україні, так і в інших країнах. Останнім часом в Україні представниками влади досить часто ведуться дискусії стосовно впровадження електронного урядування, але, на жаль, найчастіше створення такої системи зупиняється на першій стадії. А тому перш за все необхідно усвідомлювати, що мова йде про інформатизацію органів державної влади: усіх її рівнів та усіх управлінських процесів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Марченко В. В. Електронне урядування в органах виконавчої влади: адміністративно-правові засади : монографія / В. В. Марченко. – Харків : Панов, 2016. – 444 с.
- [2] Доступ до інформації та електронне урядування / [упоряд.: М. С. Демкова, М. В. Фігель]. – Київ : Факт, 2004. – 336 с.
- [3] Кудрявцев О. Ю. Електронне урядування у сучасному політико-адміністративному просторі : монографія / О. Ю. Кудрявцев. – Харків : ХНУМГ ім. О. М. Бекетова, 2016. – 184 с.

- [4] Загальне адміністративне право : підручник / [авт. кол.: І. С. Гриценко, Р. С. Мельник, А. А. Пухтецька та ін.] ; за заг. ред. І. С. Гриценка. – Київ : Юрінком Інтер, 2015. – 568 с.
- [5] Про заходи щодо створення електронної інформаційної системи «Електронний Уряд» [Електронний ресурс] : постанова Каб. Міністрів України від 24.02.2003 № 208. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/208-2003-%D0%BF>.
- [6] Про заходи щодо упорядкування державних, у тому числі адміністративних послуг [Електронний ресурс] : постанова Каб. Міністрів України від 17.07.2009 № 737. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/737-2009-п>.
- [7] Про утворення Комісії з питань удосконалення порядку надання державних та адміністративних послуг [Електронний ресурс] : постанова Каб. Міністрів України від 20.05.2009 № 486. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/486-2009-п>.
- [8] Про схвалення Концепції проекту Закону України «Про адміністративні послуги» [Електронний ресурс] : Розпорядження Каб. Міністрів України від 17.06.2009 № 682-р. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/682-2009-р>.
- [9] Про заходи із забезпечення додержання прав фізичних та юридичних осіб щодо одержання адміністративних (державних) послуг [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 03.07.2009 № 508. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/508/2009>.
- [10] Про затвердження плану заходів з виконання завдань, передбачених Законом України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» [Електронний ресурс] : Розпорядження Каб. Міністрів України від 15.08.2007 № 653-р. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/653-2007-р>.
- [11] Проект навчального посібника «Концептуальні засади розвитку електронного урядування в Україні» [Електронний ресурс] / [авт. кол.: О. А. Баранов, М. С. Демкова, С. В. Дзюба та ін.] ; за ред. А. І. Семенченко. – 2009. – 82 с. – Режим доступу: <http://ktpu.kpi.ua/wp-content/uploads/2016/02/Kontseptualni-zasadi-rozvitku-elektronno-go-uryaduvannya-v-Ukrayini.pdf>.
- [12] Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні [Електронний ресурс] : Розпорядження Каб. Міністрів України від 13.12.2010 № 2250-р. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2250-2010-р>.
- [13] Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні [Електронний ресурс] : Розпорядження Каб. Міністрів України від 20.09.2017 № 649-р. – Режим доступу: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/250287124>.
- [14] E-GOV у світі. Світовий досвід е-урядування [Електронний ресурс] / Національний центр електронного урядування. – Режим доступу: http://nc.gov.ua/menu/e_gov/.
- [15] Роговский Е. А. США: информационное общество (экономика и политика) / Е. А. Роговский. – Москва : Международные отношения, 2008. – 408 с.
- [16] Castells M. The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture / M. Castells. – Cambridge : Oxford, 1996. – 785 с.

REFERENCES

- [1] Marchenko, V. V. (2016). *E-government in executive bodies: Administrative and legal principles*. Kharkiv: Panov.

- [2] Demkova, M. S., & Fihel, M. V. (2004). *Access to information and e-government*. Kyiv: Fact.
- [3] Kudriavtsev, O. Yu. (2016). *E-governance in modern political and administrative space*. Kharkiv: KhNUMG named after O. M. Beketov.
- [4] Hrytsenko, I. S., Melnyk, R. S., Pukhtetska, A. A. et al. (2015). *General administrative law*. Kyiv: Yurinkom Inter.
- [5] The Cabinet of Ministers of Ukraine. (2003). *On measures to create an electronic information system "Electronic Government"*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/208-2003-%D0%BF>
- [6] The Cabinet of Ministers of Ukraine. (2009). *On measures to streamline public services, including administrative services*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/737-2009-п>
- [7] The Cabinet of Ministers of Ukraine. (2009). *About the creation of the Commission on the improvement of the procedure for the provision of state and administrative services*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/486-2009-п>
- [8] The Cabinet of Ministers of Ukraine. *On approval of the concept of the draft law of Ukraine "On Administrative Services"*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/682-2009-р>
- [9] The President of Ukraine. (2009). *On measures to ensure the observance of the rights of individuals and legal entities for obtaining administrative (public) services*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/508/2009>
- [10] The Cabinet of Ministers of Ukraine. (2007). *On approval of the plan of measures for the fulfillment of tasks stipulated by the Law of Ukraine "On the Basic Principles of the Development of the Information Society in Ukraine for 2007-2015"*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/653-2007-п>
- [11] Baranov, O. A., Demkova, M. S., Dziuba, S. V. (2009). *The project of the textbook «Conceptual principles of e-governance development in Ukraine»*. Retrieved from <http://ktpu.kpi.ua/wp-content/uploads/2016/02/Kontseptualni-zasadi-rozvitku-elektronogo-uryaduvannya-v-Ukrayini.pdf>
- [12] The Cabinet of Ministers of Ukraine. (2010). *On approval of the concept of e-government in Ukraine*. Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2250-2010-р>
- [13] The Cabinet of Ministers of Ukraine. (2017). *On approval of the concept of e-government in Ukraine*. Retrieved from <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/250287124>
- [14] E-GOV in the world. World experience in e-government. Retrieved from http://nc.gov.ua/menu/e_gov/.
- [15] Rogovsky, E. A. (2008). *USA: Information society (economics and politics)*. Moscow: Mezhdunarodnyye Otnosheniya.
- [16] Castells, M. (1996). *The rise of the network society*. Cambridge: Oxford.

В'ячеслав Станіславович Політанський

Кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права
 Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
 61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
 Начальник відділу координації правових досліджень
 Національної академії правових наук України
 61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Вячеслав Станиславович Политанский

Кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории государства и права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
61024, ул. Пушкинская, 77, Харьков, Украина
Начальник отдела координации правовых исследований
Национальная академия правовых наук Украины
61024, ул. Пушкинская, 70, Харьков, Украина

Viacheslav S. Politanskyi

Candidate of Legal Sciences, Assistant of the Department of Theory of State and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
Head of the Department for Coordination of Legal Studies
National Academy of Legal Sciences of Ukraine
61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Політанський В. С. Новаційно-правові погляди стосовно стадій розвитку електронного урядування / В. С. Політанський // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 162–176.

Suggested Citation: Politanskyi, V. S. (2018). Innovative legal views regarding stages of development of e-governance. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 162–176.

Стаття надійшла / Submitted: 03/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 10/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 17/03/2018

ПРОБЛЕМА ЦІЛЮВИХ УБИВСТВ У МІЖНАРОДНОМУ ГУМАНІТАРНОМУ ПРАВІ

Анотація. *Стаття присвячена актуальній на сьогодні темі цільових убивств під час міжнародного та неміжнародного збройних конфліктів. З'ясовано, що значне поширення протягом останнього часу таких убивств неодмінно призводить до збільшення випадків незаконного позбавлення людини права на життя. Виняткова небезпечність та недостатня нормативна врегульованість цього питання зумовлює важливість даного наукового дослідження. У статті розкривається поняття «цільове вбивство», його ознаки та умови, за яких таке вбивство може вважатися законним під час збройних конфліктів. На прикладі Ізраїлю та США проаналізовані конкретні випадки застосування цільових убивств, досліджено можливу супутню шкоду та безпеку, що виникає під час його реалізації, розглянуто політику держав стосовно цього питання та можливі альтернативи. Зроблено висновок, що хоча цільове вбивство значно мінімізує супутню шкоду, потенційне зловживання цим методом спричинює ряд його недоліків. З метою усунення цих недоліків і захисту права на життя людей під час збройних конфліктів були сформульовані правила, якими мають керуватися держави при застосуванні цільового вбивства.*

Ключові слова: цільові вбивства, цільові вбивства в МГП, право на життя, цільове вбивство в збройних конфліктах, збройні конфлікти.

Юрій Ільдарович Усманов

Кафедра міжнародного права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
Харьков, Украина

ПРОБЛЕМА ЦЕЛЕВЫХ УБИЙСТВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ГУМАНИТАРНОМ ПРАВЕ

Аннотация. *Статья посвящена актуальной на сегодня теме целевых убийств во время международного и немеждународного вооруженных конфликтов. Было выяснено, что широкое распространение в последнее время таких убийств непременно приводит к увеличению случаев незаконного лишения человека права на жизнь. Исключительная опасность и недостаточная нормативная урегулированность этого вопроса обуславливает важность данного научного исследования. В статье раскрывается понятие «целевое убийство», его признаки и условия, при которых такое убийство может считаться законным во время вооруженных конфликтов. На примере Израиля и США проанализированы конкретные случаи применения целевых убийств, исследован возможный сопутствующий ущерб и опасность, возникающая при его реализации, рассмотрена политика*

государств по этому вопросу и возможные альтернативы. Сделан вывод, что хотя целевое убийство значительно минимизирует сопутствующий ущерб, потенциальное злоупотребление этим методом влечет ряд его недостатков. С целью устранения этих недостатков и защиты права на жизнь людей во время вооруженных конфликтов были сформулированы правила, которыми должны руководствоваться государства при применении целевого убийства.

Ключевые слова: целевые убийства, целевые убийства в МГП, право на жизнь, целевое убийство в вооруженных конфликтах, вооруженные конфликты.

Iurii I. Usmanov

Department of International Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

THE PROBLEM OF TARGETED KILLINGS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract. *The article is devoted to the today's most pressing topic of targeted killings during international and non-international armed conflicts. It was discovered that the considerable spread of such killings in recent years necessarily leads to an increase in cases of illegal deprivation of the right to life. The extreme danger and insufficient regulation of targeted killings determine an importance of such scientific research. The article defines "targeted killing", its features and the conditions under which such a killing can be considered legitimate in armed conflicts. Using the example of Israel and the United States the specific cases of targeted killings were analyzed, the possible co-damage and the danger that arises during its implementation were researched, the state's policy toward this question and possible alternatives were discussed. Despite the fact that the targeted killings minimize the incidental harm, it is concluded that it has numerous disadvantages caused by its potential misuse. In order to eliminate these disadvantages and protect the right to life of people during armed conflicts the rules for states were formulated, which they should follow in targeted killings.*

Keywords: targeted killings, targeted killings in IHL, right to life, targeted killings in armed conflicts, armed conflicts.

ВСТУП

Як міжнародні, так і регіональні договори в сфері захисту прав людини закріплюють за державами обов'язок дотримуватися та захищати право на життя осіб, які знаходяться під їхньою юрисдикцією. Однак на практиці ті заходи, які здійснюються державами задля захисту життя людей, насправді, часто його обмежують або порушують.

Однією з таких ситуацій є цільові вбивства [1], які останнім часом завдяки технічному прогресу і збільшенню кількості збройних конфліктів у світі набувають істотного поширення [2; 3], адже вони передбачають в першу чергу позбавлення життя людини без проведення відповідних судових процедур або навіть без спроби застосування до неї альтернативних нелетальних заходів. Саме

небезпечність, недостатня нормативна врегульованість таких убивств, а також необхідність регламентації захисту права на життя людини у зв'язку з цим і обумовлюють актуальність цієї теми [4; 5].

Метою даної статті є розкриття поняття «цільове вбивство» та встановлення тих його ознак, за наявності яких міжнародне право допускає обмеження права на життя людини під час збройного конфлікту міжнародного та неміжнародного характеру.

Питання захисту права на життя людини в умовах збройних конфліктів становить підвищений інтерес серед представників наукової спільноти. Особливе зростання кількості наукових досліджень цієї тематики можна спостерігати після оголошення війни тероризму. Серед останніх праць, які мали на меті всесторонній та об'єктивний розгляд питань, що стосуються проблематики цільових убивств, можна назвати роботи Н. Мельцера, Л. Досвальд-Бек, М. Сассолі, М. О'Конелл, Ф. Елстон, В. Паркс, У. Блау та ін. Детальний аналіз та оцінка правомірності окремих випадків представлені в численних доповідях міжнародних правозахисних організацій та протоколах судових засідань (UN Commission on Human Rights, Amnesty International, General Assembly of the United Nations).

1. МАТЕРІАЛИ І МЕТОДИ

Для детального дослідження цільових убивств у міжнародному гуманітарному праві (далі – МГП) автором використовувались різні теоретичні методи, зокрема: сходження від абстрактного до конкретного, метод ідеалізації, метод формалізації та ін. Основним науковим методом, використаним у статті, став аналіз широкої нормативної, доктринальної бази джерел та відповідної практики у сфері МГП.

Метод історико-правового аналізу дозволив дослідити, як змінювалась політика окремих держав стосовно даної проблематики, що впливало на зміни в підходах та до яких наслідків це призвело. За допомогою методу порівняння було виявлено основні відмінності та характерні ознаки, які роблять цільове вбивство прийнятним з точки зору МГП. Метод моделювання та прогнозування дав змогу окреслити небезпеки, до яких може спричинитися зловживання цільовими убивствами, а також сформулювати положення, дотримання яких забезпечить захист права на життя людини під час збройного конфлікту та дозволить уникнути або звести до мінімуму зловживання цим засобом.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Поняття «цільове вбивство»

Як зазначається у спеціальній доповіді Генеральної Асамблеї ООН від 2010 р., цільове вбивство – це умисне позбавлення життя державою одного або декількох задалегідь відомих осіб поза судовим процесом або під час військових дій [1]. У свою чергу, відомий вчений Мельцер (N. Melzer), який є експертним радником

у Міжнародному Комітеті Червоного Хреста (далі – МКЧХ), говорить, що під цільовим убивством треба розуміти використання смертельної сили суб'єктом міжнародного права проти іншого індивідуально обраного суб'єкта, який не є ув'язненим, і зроблено це умисно (а не через необережність чи недбалість) та передбачувано (тобто смерть однієї людини фактично є метою операції, на відміну від позбавлення життя під час збройного конфлікту, де смерть людини є побічним результатом) [4, с. 449]. Саме такі ознаки відокремлюють цільові вбивства, наприклад, від тих же поліцейських операцій під час ситуацій внутрішніх заворушень і напруження всередині країни.

У той же час експерти Женевської академії міжнародного гуманітарного права та прав людини (UCIHL) розуміють під цільовими вбивствами смертельні напади на людей тоді, коли держава, вважаючи серйозною загрозою діяльність конкретної особи, вирішує вбити цю особу (навіть тоді, коли вона не здійснює жодних ворожих дій) [6].

Простими словами, цільове вбивство може означати умисне вбивство індивідуально вибраних осіб, що не представляють безпосередньої загрози життю або здоров'ю інших осіб, і не спрямоване на виконання смертного покарання, винесеного після кримінального провадження. На практиці такі вбивства ще називають превентивними, позасудовими стратами або позасудовими вбивствами [7, с. 2].

Окремі вчені, зокрема Нехал Бхута (Nehal Bhuta), взагалі в міжнародному праві не проводять розмежування і отожднюють поняття «цільове вбивство» і «вбивство» [3, с. 3]. Здається, що така позиція також заслуговує на існування, адже, як зазначає Крістін Грей (Christine Gray), термін «цільове вбивство» з'явився нещодавно, приблизно у 2000 р. Причиною цьому став арабо-ізраїльський конфлікт, який тягнеться ще з 1970-х рр., та, зокрема, Палестино-Ізраїльський конфлікт, коли військові Ізраїлю цілеспрямовано, без жодних судових процедур, вбивали на окупованих територіях осіб, яких підозрювали у вчиненні терористичних актів; і лише у 2000 р. Ізраїлем вперше була офіційно оприлюднена подібна політика [3, с. 4].

Потрібно також відмітити, що до 2000-х рр. все світове співтовариство, зокрема уряд США, жорстко засуджували такі дії Ізраїлю та наголошували, що позасудові вбивства є злочинними діями. Така ж позиція була і стосовно випадків цільових убивств у Сальвадорі, Нікарагуа, Колумбії, під час громадянських заворушень Гаїті періоду 1980–1990 рр., в Сомалі, Руанді, під час югославських воєн на Балканах 1991–2001 рр. та чеченського конфлікту в Росії (вбивство Дудаєва, 1996 р., Хаттаба, 2002 р., Яндарбієва, 2004 р., Басаєва, 2006 р. тощо).

Однак цільові вбивства набули значного поширення після подій 11 вересня 2001 р. в США, коли керівництво країни проголосило глобальну війну тероризму в усьому світі [3, с. 5], тим самим схвалюючи і підтримуючи політику

цільових убивств, що призвело до її поширення і розвитку не тільки в Ізраїлі та США, а й в інших державах. Наприклад, ліквідація Анвара аль-Авлакі за допомогою безпілотних літальних апаратів (далі – БПЛ) (дронів) – першого громадянина США, офіційно затвердженого ЦРУ для цільового вбивства [8], вбивство в 2011 р. Усами бен Ладена – всесвітньо відомого терориста, який, згідно з офіційною версією, був організатором теракту 2001 р. в США. Згідно з останніми даними, в період з червня 2004 р. до вересня 2012 р. ЦРУ й командувачі армії США 344 рази віддавали наказ про обстріл цілей із безпілотних машин [2].

Говорячи про США, вчені зазначають, що на основі акта «Authorization for Use of Military Force Against Terrorists» (AUMF) Конгрес США надав Президенту США необмежені можливості із застосування цільових убивств та сили до осіб, які причетні до терактів 11.09.2001 р., а також пов'язаних із ними осіб, організацій і держав. Саме тому, як зазначають професори Блюм (G. Blum) і Хейман (N. Heuman), цільові вбивства призводять до змішування режимів правоохоронної діяльності (*«правоохоронна парадигма», тобто сукупність норм, які регулюють проведення правоохоронних дій, які в своїй більшості існують в межах міжнародних договорів у сфері прав людини [9, с. 309] – прим. авт.*) та збройного конфлікту (*«воєнна парадигма», тобто сукупність норм, які регулюють проведення воєнних дій і зводяться в більшості випадків до положень МГП як lex specialis [9, с. 308] – прим. авт.*). В рамках першого, держава карає людину за її особисту, доведену судом вину, в рамках другого – застосовує летальну силу не за «вину», а для досягнення перемоги [5]. Сполучені Штати регламентують застосування ними летальної сили проти терористів наявністю збройного конфлікту, фактично відкидаючи таким чином усі інші власні міжнародні зобов'язання в галузі прав людини [10].

Отже, як можна побачити, цільові вбивства знайшли неофіційну, але фактичну підтримку з боку багатьох держав. Як зазначає Д. Стетман (D. Statman), це сталося завдяки тому, що:

- по-перше, добре сплановане цільове вбивство призводить до набагато менших смертей, злиднів та руйнувань майна серед цивільних громадян, ніж вторгнення військових збройних сил на певну територію;
- по-друге, смертей та руйнування зазнає мінімальна кількість людей, які залучені чи відповідальні за терор або воєнні напади; тобто у цьому випадку супутня шкода буде мінімальною [11, с. 187].

Саме тому такі цільові вбивства набули значного поширення у ХХІ ст. під час воєнних дій у всьому світі.

2.2 Ознаки цільових убивств

У своїй відомій праці, присвяченій цільовим убивствам, вчений Нільс Мельцер виділяє п'ять ознак, які характеризують і виокремлюють цільові вбивства від інших видів убивств, а саме:

1. Застосування смертельної сили, яка направлена на позбавлення людини життя.

2. Суб'єктивний елемент, який відповідає трьом критеріям:

– вбивство повинне бути умисним, що відокремлює цільове вбивство від заподіяння смерті з необережності та недбалості;

– воно повинно бути навмисним (на противагу раптово виниклій необхідності, як у випадку із самообороною);

– воно повинно бути безпосередньою метою виконання операції, що відрізняє цільове вбивство від знищення комбатантів противника або злочинців у ході звичайної військової або поліцейської операції.

3. Наявність обраної в якості мети конкретної особи або групи осіб, що відрізняє цільове вбивство від військових операцій, спрямованих проти неперсоніфікованого скупчення супротивників.

4. Відсутність обмеження свободи пересування особи, яка є об'єктом цільового вбивства, що відрізняє його від застосування смертної кари судами, спеціальними трибуналами чи від позасудової розправи.

5. Атрибуція (автентичність) суб'єкта міжнародного права. Саме цей критерій сприяє тому, що питання про правомірність цільових убивств знаходиться поза сферою національного права. Основними акторами міжнародного права є держави, проте ряд недержавних акторів, такі як повстанські формування або народи, що ведуть боротьбу проти колоніального режиму, також можуть бути суб'єктами цільових убивств [4, с. 4–5].

Незважаючи на той факт, що подібні ознаки узагальнені й закріплені доктриною міжнародного права, на практиці, тим не менш, вони відіграють важливу роль під час кваліфікації того або іншого діяння, розмежуванні вбивств під час збройних конфліктів, притягненні винних до відповідальності, а також визначення критеріїв допустимості і правомірності застосування цільових убивств під час збройного конфлікту міжнародного та неміжнародного характеру.

Відтак, повертаючись до ситуації в Ізраїлі, варто наголосити, що Комітет ООН з прав людини, у своїх підсумкових зауваженнях в доповіді щодо Ізраїлю від 2003 р. висловив занепокоєння щодо використання урядом «цільових убивств» по відношенню до осіб, які підозрюються у вчиненні терористичних актів на окупованій території Палестини [12]. У відповідь Ізраїль підкреслив, що відповідно до норм МГП, збройні сили не порушували принципи пропорційності, а напад здійснювався тільки на осіб, які беруть безпосередню участь у збройному конфлікті. На що Комітет ООН, посилаючись на наявність збройного конфлікту, рекомендував «перед зверненням до летальної сили обов'язково вичерпувати всі спроби арешту осіб, які підозрюються у вчиненні терористичних актів». Така ж позиція Комітету була підтверджена і в підсумкових зауваженнях щодо Ізраїлю в 2010 р. [13]. Таким чином, Комітет ООН не розмежував «цільові вбивства» під час мирного часу та збройних конфліктів, наголосивши на

обов'язковості застосування принципів абсолютної необхідності та пропорційності у будь-якій ситуації, а також вимагаючи проведення арешту, а не вбивств підозрюваних осіб [9, с. 267].

Незважаючи на таку позицію Комітету ООН, Верховний суд Ізраїлю за цими ж питаннями постановив, що цільові вбивства, здійснені ізраїльським урядом, відповідали закону [14]. Суд зазначив, що подібні військові дії проводилися в контексті міжнародного збройного конфлікту (далі – МЗК), але в той же час самі «терористи» не є комбатантами, а можуть вважатися «цивільними». Суд наголошує, що якщо особа належить до збройної групи і в рамках своєї ролі виконує ланцюг військових дій, то така особа бере «пряму безпосередню участь у збройному конфлікті, а значить втрачає імунітет від нападу». Як вказує з цього приводу Досвальд-Бек (L. Doswald-Beck), Верховний суд зробив подібні висновки, посилаючись на принцип пропорційності відповідно до його внутрішнього законодавства, звичаєвого міжнародного права та позиції Європейського суду з прав людини у справі «McCann», внаслідок цього він використовував право прав людини, хоча й не посилався на Комітет ООН з прав людини [15, с. 896].

У своєму рішенні від 2006 р. Верховний суд Ізраїлю зробив також важливі висновки, що «цілеспрямоване вбивство» буде правомірним лише в тому разі, якщо будуть дотримані такі чотири умови:

1. Держава повинна мати серйозні докази, що потенційна ціль нападу дійсно не має правового захисту від нападу.
2. Щоб зупинити потенційну ціль, держава має вдатися до менш суворих заходів, наприклад, використовувати затримання доти, доки це не створює занадто великої небезпеки для життя її військових.
3. Незабаром після проведення операції повинно відбутися незалежне та адекватне розслідування з метою визначення, чи були виправдані вчинені дії.
4. І нарешті, держава повинна попередньо оцінити, чи не буде очікувана супутня шкода (порівняно з військовою перевагою, отриманою під час операції) надмірною.

Тут варто додати, що вивчаючи практику Верховного суду Ізраїлю, спеціальний доповідач ООН з позасудових страт вказує на неодноразові повідомлення про проведення ізраїльськими силами цілеспрямованих убивств – незважаючи на таке рішення Суду та з порушенням його вимог [1, с. 7]. Навіть використання того самого критерію про обов'язкове застосування менш суворих заходів на практиці є майже неможливим [15, с. 893]. Як зазначає вчений М. Сассолі (M. Sassoli), в ситуації, наближеній до бойової, арешт практично завжди неревальний: своєю можливістю нападу на збройні сили бойовик априорі становить значну загрозу для життя, а тому цільове вбивство є дозволеним у такому разі як згідно з МГП, так і з МППЛ [16, с. 183].

Аналізуючи практику Ізраїлю стосовно цільових убивств, Нільс Мельцер (N. Melzer) зазначає, що позиція Верховного суду Ізраїлю є достатньо зрозумі-

лою, адже, з одного боку, він намагався зупинити численні акти тероризму на власній території, а з другого – захистити власних громадян. Вчений вважає, що держави, які вдаються до використання методу цільових убивств, зазначають, що такі вбивства є законними лише під час збройних конфліктів. Навіть якщо вони ведуть боротьбу з тероризмом, а не війну, то свої дії вони все одно виправдовують «воєнною парадигмою» [4, с. 394].

2.3 Умови правомірності цільових убивств

Н. Мельцер також наголошує, що будь-які методи і засоби, зокрема цільові вбивства, які застосовуються під час збройних конфліктів, які направлені на боротьбу з тероризмом, повинні бути у суворій відповідності до МГП, саме тому такі вбивства можуть бути застосовані за певних умов, а саме:

2.3.1 Цільові вбивства є невід'ємною частиною військових дій під час міжнародного (далі – МЗК) та збройного конфлікту неміжнародного характеру (далі – НМЗК)

Виходячи з існування на сьогодні лише двох видів збройних конфліктів (МЗК і НМЗК), норми, які регулюють відносини в межах цих двох видів, визначають і розрізняють, має особа підзахисний статус чи ні. Якщо ж цільове вбивство проводиться з іншою метою, аніж воєнні дії, або поза збройним конфліктом, то цільове вбивство може бути використане лише в межах правоохоронної парадигми, що передбачає дію права прав людини. Саме тому, як зазначає Мельцер, дуже сумнівним є визнання «війни проти тероризму» (яким керується США) для застосовування МГП та цільових убивств як частини воєнних дій в межах збройного конфлікту. По суті така «війна» ототожнює дипломатичні зусилля, економічні заходи та правоохоронні операції зі збройними конфліктами, що не витримує ніякої критики. До цільових убивств під час такої «війни» воєнна парадигма може застосовуватись лише під час проведення військових операцій в окремих збройних конфліктах, де США, наприклад, є стороною таких конфліктів (вбивство Абу Мусаб аль-Заркаві, 2006 р., Ірак). І навпаки: цілеспрямоване вбивство Сполученими Штатами Каїда Сеньяна аль-Харіті за згодою уряду Ємену (2002 р., Ємен) необхідно розглянути під кутом правоохоронної парадигми, якщо воно не може трактуватися як втручання США від імені уряду Ємену в попередньо існуючий НМЗК, але такий аргумент не зроблений ані Сполученими Штатами, ані Єменом [4, с. 396].

2.3.2 Наявність воєнної необхідності та відсутність нелетальної альтернативи

Як уже згадувалося раніше, летальна сила, яка застосовується під час збройного конфлікту, повинна відповідати принципу воєнної необхідності. Тобто цільове вбивство повинно ефективно сприяти досягненню конкретної прямої воєнної переваги і не повинно бути ніякої нелетальної альтернативи, яка б могла призвести

до аналогічної воєнної переваги без створення необґрунтованого ризику діючим збройним силам чи цивільному населенню. За думкою Мельцера, за однакових умов, принцип «воєнної необхідності» за МГП дорівнює принципу «абсолютної необхідності» за МППЛ [4, с. 397]. Ця позиція, як було також вказано раніше, яскраво продемонстрована у рішеннях Комітету ООН щодо Ізраїлю та Верховного суду Ізраїлю.

Але зрозуміло, що на практиці важко застосовувати такі критерії і спрогнозувати наявність альтернатив летальній силі та цільовим убивствам, хоча в певних ситуаціях наявність альтернативи очевидна. Наприклад, згідно з доповіддю Спеціального уповноваженого ООН, в Ізраїлі, 8 серпня 2004 р., біля кафе Єрихон на Західному березі біле авто зупинилося біля групи молодих людей, спеціальні державні агенти вийшли з машини і почали стріляти в групу людей без попередньої спроби їх затримання чи арешту. Амер Айдійя загинув на місці, ще декілька людей отримали поранення [17].

Саме тому Верховний суд Ізраїлю дійшов висновку, що під час збройного конфлікту цільове вбивство за МГП цивільних осіб, які беруть участь у збройному конфлікті, дозволяється лише в тому випадку, якщо до них були застосовані менш шкідливі засоби (арешт, допит тощо). Тобто суд наголосив, що МГП не дає «ліцензії на вбивство» навіть щодо законних цілей під час збройного конфлікту [14, с. 40, 60].

2.3.3 Вимога розрізнення осіб

Як також уже зазначалось раніше, усі учасники збройного конфлікту зобов'язані проводити розрізнення між особами, які є законною цілью під час збройного конфлікту та тими, що такими не є. Положення МГП допускають обмеження права на життя комбатантів (та суб'єктів, які прирівнюються до цього статусу) під час міжнародного і міжнародного збройних конфліктів, хоча є певні обмеження щодо методів і засобів ведення такого конфлікту. Що стосується цивільних осіб, то обмеження їхнього права на життя під час збройних конфліктів допускається лише у випадку безпосередньої участі у збройному протистоянні (на період такого протистояння) та у разі завдання супутньої шкоди [18, с. 192–193].

Говорячи про збройні конфлікти, варто наголосити на такому явищі, як тероризм, що має місце під час МЗК і НМЗК. З цього приводу Верховний суд Ізраїлю зазначив, що терористи не перестають бути цивільними під час бойових дій, але втрачають «підзахисний статус» [14], що в свою чергу означає можливість обмеження їхнього права на життя на час такої терористичної діяльності. Але в той же час, у зв'язку з відсутністю в громадськості доступу до інформації про такі вбивства, на практиці важко оцінити, чи порушує певне цільове вбивство принцип розрізнення. Наприклад, Ізраїль (борючись з такими організаціями, як Ісламський джихад, Хамас, Народний фронт визволення Палестини (НФВП), Фатх або Алакес тощо), як правило, вчиняє цільові вбивства терористів в той час,

коли вони сидять вдома перед телевізором, в своєму авто чи на задньому дворі, а тому існує сумнів стосовно їхньої правомірності.

Говорячи ж про США, Мельцер вважає МГП взагалі неприйнятним до застосування як *lex specialis* до всієї поточної антитерористичної кампанії США – через ненаведеність усіх спеціальних обставин його застосування [4, с. 267]. Як зазначає з цього приводу «Amnesty International», США, вбиваючи терористів поза зоною збройного конфлікту (наприклад, в Афганістані, Сомалі, районах Пакистану), грубо порушує таким чином норми МГП і «правоохоронні» стандарти в галузі захисту прав людини [19, с. 15]. Аналогічне занепокоєння щодо використання США цільових убивств за допомогою БПЛ в зоні збройних конфліктів висловив Спеціальний доповідач ООН, який зазначив, що законність таких операцій може бути визначена тільки «у світлі інформації про правову основу, на якій конкретні особи були вбиті, заходи, прийняті для забезпечення відповідності до міжнародного гуманітарного права, принципам дискримінації, пропорційності, необхідності та запобіжні заходи й кроки, зроблені ретроспективно з метою оцінки дотримання на практиці таких норм». Без такої інформації подібні вбивства повинні сприйматися як убивства з порушенням норм міжнародного права [1, с. 15].

2.3.4 Вимога пропорційності

Цільові вбивства під час збройного конфлікту повинні відповідати умовам пропорційності. Це означає заборону застосування цільового вбивства до особи, якщо очікувана супутня шкода внаслідок смерті такої особи буде надмірною по відношенню до конкретної і прямої воєнної переваги. Тобто принцип необхідності застосовується, коли ми не очікуємо супутньої шкоди та вибираємо методи й засоби застосування летальної сили. Якщо сила може призвести до надмірної супутньої шкоди, то принцип пропорційності забороняє її застосування незалежно від принципу необхідності, адже принцип «людяності» стоїть вище, ніж принцип воєнної необхідності [4, с. 404].

Говорячи про цільові вбивства, Мельцер зазначає, що їхня пропорційність є делікатним та неоднозначним питанням, адже «вартість» цілі (ранг особи, звання, посада, оперативна функція) може бути виправданням супутньої шкоди та застосованої сили, а тому повинна визначатися максимально об'єктивно та дословісно в кожній окремій ситуації [4, с. 404].

Наприклад, вчений наводить ситуації, коли цільові вбивства, незважаючи на «хірургічний характер», призводили до суттєвих жертв; зокрема, вбивство США Каїда Сеньяна аль-Харіті в Ємені (2002 р.) спричинило п'ять супутніх смертей, Аймана аль-Завахірі в Пакистані (2006 р.), згідно з повідомленнями, – 18 випадкових смертей, протягом ізраїльської шестирічної політики «цільових убивств» з 09.11.2000 р. до 01.06.2007 р. було вбито 364 особи, з яких навмисно – 216, а випадково – 148. Саме тому застосування цільових убивств задля підтримання збройного конфлікту на низькому рівні, супутньо вбиваючи при цьому цивіль-

них, на думку Мельцера, суперечить основному принципу пропорційності, що лежить в основі воєнної парадигми [4, с. 405].

2.3.5 Вимога обережності

Держави, які планують здійснити цільове вбивство, зобов'язані вдатися до усіх практично можливих заходів обережності у виборі засобів і методів, з урахуванням усіх обставин (доступність інформації про цілі, рівень контролю над територією тощо), щоб уникнути або звести до мінімуму кількість цивільних жертв, супутню шкоду, фізичну шкоду та смерті серед цивільного населення. У разі виявлення, що особа не є або перестала бути законною ціллю вбивства, або є загроза нанесення надмірної супутньої шкоди – цільові вбивства повинні бути відмінені. У разі сумніву щодо цілі держава зобов'язана детально проаналізувати та підтвердити її законність [4, с. 409].

Як зазначає Мельцер, існування лише самої «підозри», без жодного підтвердження щодо причетності до терористичних груп, не є підставою застосування цільового вбивства. Усі сумніви щодо такої причетності повинні йти на користь захисту особи. Адже, наприклад, неправдиві повідомлення про причетність осіб можуть йти від самих терористичних груп, які воюють між собою. У зв'язку з цим Комітет ООН з прав людини справедливо висловив стурбованість з приводу навмисного вбивства Ізраїлем лише на підставі існування «підозри» [4, с. 410].

2.3.6 Вимога щодо заборони відмови від пощади

Цей принцип означає заборону застосовувати накази про незалишення нікого в живих, про відмову в капітуляції і здачу в полон тощо – незалежно від існування можливості захоплення чи арешту особи. Мета війни – отримати перемогу, а не вбити ворога, навіть тоді, коли необхідно убити ворога для досягнення цієї мети. Саме тому будь-яке цільове вбивство, яке виключає можливість здатися в полон, може бути визнаним порушенням МГП і стати воєнним злочином. Цей же принцип застосовується до вимоги «оплати» за ліквідацію особи або його захоплення «мертвою або живою» [4, с. 411].

2.3.7 Вимога заборони віроломства

Згідно зі ст. 37 Додаткового Протоколу № 1 до Женевських конвенцій забороняється вбивати, ранили або захоплювати ворога, вдаючись до віроломства, тобто будь-якого акту, який вводить в оману довіру противника, щоб заставити його повірити, що він має право або зобов'язаний надавати захист відповідно до МГП з наміром зрадити таку довіру.

Але практика держав (які перебувають у збройному конфлікті на власній території або на території третьої, нейтральної держави) регулярно покладається на таємні сили для збереження елемента несподіванки, ставить під сумнів цей принцип. Наприклад, цільове вбивство Маджд Мір'ї і Фаді Саруон в Шхемі (1 листопада 2004 р.), яке, згідно з повідомленнями, здійснилось трьома ізраїль-

ськими таємними оперативниками, що були перевдягнені в цивільних. Подібне віроломне «маскування» також порушує 65-ту норму звичаєвих норм МГП, згідно з якою забороняється вбивати, ранити, брати в полон противника, вдаючись до віроломства; тобто забороняється здійснювати ворожі дії під прикриттям правового захисту. Цією ж нормою зазначається, що віроломством також є симуляція володіння статусом цивільної особи, оскільки вони повинні мати повагу і не піддаватися нападу [20, с. 289–290]. Як зазначає Мельцер, у такому разі очевидно, що використання оперативників у цивільному серйозно поставило під загрозу захист мирних жителів і підпадає не тільки під заборону віроломства, а й під міжнародні злочини згідно з пп. 11, 9 п. б, е ч. 2 ст. 8 Статуту Міжнародного кримінального Суду [4, с. 414].

2.3.8 Вимога щодо заборони певних засобів ведення воєнних дій

Згідно з Гаазькими конвенціями 1907 р. під час збройного конфлікту забороняється використання хімічної, біологічної та бактеріологічної зброї, отрути, експансивних куль, мін-пасток тощо, хоча на практиці цільові вбивства з використанням подібних заборонених засобів трапляються нерідко. Зокрема, вбивство через отруєний лист чеченського лідера Хаттаба (2002 р.); за допомогою вибухівки в мобільному телефоні був убитий лідер «Хамас» Я. Айаш (1996 р.), З. Яндарбієв (2004 р.) тощо [4, с. 414–418].

Окрему увагу треба приділити використанню БПЛ. Як зазначає спеціальний доповідач ООН з позасудових страт, США багаторазово використовували дрони та авіаційні удари для цілеспрямованих убивств у збройних конфліктах в Афганістані та Іраку. Більше того, США також повідомляють про прийняття таємної політики цільових убивств після нападів 11 вересня 2001 р. Як повідомляється, з того часу було понад 120 ударів, хоча перевірити це число неможливо. Точність таких ударів є сумнівною, також неможливим є для сторонніх спостерігачів перевірити звіти ЦРУ про жертви серед цивільного населення. Наприклад, в Пакистані кількість смертей через дрони коливається від приблизно 20 (за даними анонімних урядовців США, які цитуються в ЗМІ) до багатьох сотень [4, с. 7].

Але поряд з очевидними перевагами в застосуванні БПЛ щодо уникнення для держави будь-яких ризиків через можливість керування дронами на відстані, з позиції МГП виникають певні юридичні суперечності та неузгодженості через таке застосування.

Відтак, незважаючи на відсутність у МГП заборони дронів (як і не заборонені несподівані атаки, за яких ворожі комбатанти не мають часу для здачі в полон), експерти зазначають, що використання БПЛ, особливо автономних, ставить під сумнів взагалі можливість комбатантів у такому разі здатися в полон. Саме тому програмне забезпечення дронів повинно передбачати можливість припинення вогню БПЛ у разі здачі в полон комбатантів [21, с. 5].

Крім того, якщо в разі атаки БПЛ жертву-комбатанта було не вбито, а лише поранено, то продовження атаки такої особи і медичного персоналу, що надає йому допомогу, є міжнародним злочином. Така проблема також є своєрідним викликом для військового командування [22, с. 367–371].

На сьогодні своєрідним викликом для автономних БПЛ є також відсутність можливості розрізняти цивільні об'єкти від воєнних, комбатантів від цивільних осіб; вони не можуть враховувати принцип пропорційності та необхідності, що переводить масове використання автономних БПЛ в площину поза МГП і МППЛ, адже призведе до нападів невибіркового характеру [23, с. 282–286].

ВИСНОВКИ

З вищенаведеного можна зробити висновок, що цільові вбивства у ХХІ ст. стають все більш поширеним явищем: під час збройного конфлікту як міжнародного, так і неміжнародного характеру. Незважаючи на відсутність нормативного визначення цього поняття, цільові вбивства активно застосовуються такими державами як США, Ізраїль, Росія та ін. Але, безумовно, держави не повинні використовувати такі вбивства поза законом, адже це буде порушувати фундаментальне право людини на життя, тому обмеження такого права повинно здійснюватися відповідно до сформованих практикою критеріїв та в чіткій відповідності до норм МГП, а саме: такі цільові вбивства повинні здійснюватися під час МЗК та НМЗК, повинні бути дотримані принципи воєнної необхідності, пропорційності, обережності, розрізнення осіб, такі вбивства повинні застосовуватися лише за відсутності нелетальної альтернативи та з дотриманням норм щодо заборони певних методів і засобів ведення воєнних дій.

Незважаючи на значну перевагу в застосуванні цільових убивств щодо мінімізації супутньої шкоди, існують також суттєві недоліки такого методу, а саме: можливість уряду зловживати використанням цільових убивств, наприклад, приховуючи звітну інформацію; такі вбивства повністю протиставляють себе знеособленій, міжколективній війні; позбавляють особу презумпції невинуватості, судового захисту тощо. Саме для усунення подібних недоліків та з метою захисту права на життя людей під час збройного конфлікту, а також надання цільовим убивствам правомірного характеру держави зобов'язані розкривати інформацію з розслідування кожного випадку незаконного застосування цільових убивств, повинні надавати інформацію щодо заходів, які направлені на перевірку законності мети цільового вбивства (розвідка, спостереження щодо того, чи є особа такою, що здійснила і буде здійснювати ворожі дії; чи існує необхідність вбивати людину, щоб захистити життя інших людей тощо, цільові вбивства не повинні застосовуватись лише на основі «підозрілої» поведінки особи, інформація щодо цього, так і щодо впливу застосовуваної зброї, присутності цивільних осіб задля додержання принципу воєнної необхідності та пропорційності повинна бути ретельно перевірена, принцип пропорційності повинен бути дотриманий в кожній окремій операції, а не в цілому всієї кампанії.

REFERENCES

- [1] Alston, P. (2010). Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. *General Assembly of the United Nations*. Retrieved from http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A_HRC.14.24.Add6.pdf
- [2] Ebbighausen, R. (2013). Should drone strikes be considered lawful? *Deutsche Welle*. Retrieved from <http://p.dw.com/p/17N7x>
- [3] O'Connell, M. E. (2013). Drones and the Right to Life. *Remarks for the St. Bernard's School of Theology and Ministry*. Retrieved from http://kroc.nd.edu/sites/default/files/DronesVersusLife_oconnell.pdf
- [4] [1] Melzer, N. (2008). *Targeted killing in international law*. Oxford: Oxford University Press.
- [5] [2] Blum, G., & Heymann, P. (2010). Law and policy of targeted killing. *Harvard National Security Journal*, 1, 145-169.
- [6] University Centre for International Humanitarian Law, Geneva. (2005, September). *Report of the expert meeting on the right to life in armed conflicts and situations of occupation*. Retrieved from www.ucihr.org/communication/Right_to_Life_Meeting_Report.pdf
- [7] Nolte, G. (2011). Targeted killing. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*. Retrieved from <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e415>
- [8] Miller, G. (2010). Muslim cleric Aulaqi is 1st U. S. citizen on list of those CIA is allowed to kill. *Washington Post*. Retrieved from <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/04/06/AR2010040604121.html?hpid=topnews>
- [9] Rusinova, V. (2015). *Human rights in armed conflict: The ratio of the norms of international humanitarian law and international human rights law* (Doctoral dissertation, National Research University "Higher School of Economics", Moscow, Russian Federation). Retrieved from https://www.hse.ru/data/xf/2016/07/08/1116523823/Rusinova_dissert.pdf
- [10] Alcides Eduardo dos Reis, P. (2014). The "surgical" legitimacy of drone strikes? Issues of sovereignty and human rights in the use of unmanned aerial systems in Pakistan. *Journal of Strategic Security*, 7(4), 81-93.
- [11] Statman, D. (2005). Targeted killing. In T. Shanahan (Ed.), *Philosophy 9/11: Thinking about the war on terrorism* (pp. 183-205). Chicago: Open Court.
- [12] International Covenant on Civil and Political Rights. (2003, August 21). *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel. 21/08/2003*. Retrieved from [https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/HRC-Concluding%20Observations%20\(2003\).pdf](https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/HRC-Concluding%20Observations%20(2003).pdf)
- [13] International Covenant on Civil and Political Rights. (2010, September 3). *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, CCPR/C/ISR/CO/3*. Retrieved from <http://undocs.org/CCPR/C/ISR/CO/3>
- [14] HCJ 769/02 (2005, December 11). *The Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel, Judgment of 11 December 2005*. Retrieved from http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf
- [15] Doswald-Beck, L. (2006). The right to life in armed conflict: Does international humanitarian law provide all the answers? *International Review of the Red Cross*, 88(864), 881-904.
- [16] Sasso`li, M. & Olson, L. M. (2008). The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: Admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts. *International Review of the Red Cross*, 90(871), 599-627.
- [17] Alston, P. (2006). Addendum to the Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Follow-up to Country Recommendations. *UN Com-*

- mission on Human Rights*. Retrieved from <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=45377b440&skip=0&query=Philip%20Alston>
- [18] Usmanov, I. (2017). International legal regulation of the restriction of the right to life in armed conflicts. *National Law Journal: Theory and Practice*, 4(26), 194-198.
- [19] Amnesty International Publications. (2012, June). *United States of America "Targeted Killing" Policies Violate The Right To Life*. Retrieved from https://www.amnestyusa.org/sites/default/files/usa_targeted_killing.pdf
- [20] Henckaerts, J.-M., & Doswald-Beck, L. (2005). *Customary international humanitarian law*. New York: Cambridge University Press.
- [21] Parks, W. (1989). Executive Order 12333 and Assassination. *Memorandum of Law*. Retrieved from <https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/targetedkilling/papers/ParksMemorandum.pdf>
- [22] Sandoz, Y., Swinarsky, C., Zimmermann, B. (Eds.) (1987). *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949*. Geneva: International Committee of the Red Cross.
- [23] Boothby, W. H., & Schmitt, M. N. (2012). *The law of targeting*. Oxford: Oxford University Press.

Юрій Ільдарович Усманов

Аспірант кафедри міжнародного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Юрий Ильдарович Усманов

Аспирант кафедры международного права
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
61024, ул. Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Iurii I. Usmanov

Postgraduate student
Department of International Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Усманов Ю. І. Проблема цільових убивств у міжнародному гуманітарному праві / Ю. І. Усманов // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 177–191.

Suggested Citation: Usmanov, I. I. (2018). The problem of targeted killings in international humanitarian law. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 177–191.

Стаття надійшла / Submitted: 05/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 15/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 16/03/2018

ПРАВОВА ІНТЕГРАЦІЯ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Анотація. У статті проаналізовано поняття терміна «правова інтеграція». Визначені сенс та значення інтеграційних процесів у сучасному світі, їх об'єкти та суб'єкти, а також основні риси цього явища. Сформульовано, що правова інтеграція – процес, який характеризується тривалістю та поетапністю свого розвитку. Виокремлено такі етапи розвитку: виникнення, становлення, період зрілості та стабільності, перетворення. Крім того, приділена увага розмежуванню таких понять, як «глобалізація», «правова інтеграція», «уніфікація», «систематизація», «рецепція», «імплементація». Визначено, що правова інтеграція поділяється на декілька рівнів: виокремлюється внутрішня та зовнішня правова інтеграція, в кожній з яких виділяються свої підрівні. Проаналізовано, що призначенням правової інтеграції є об'єднання національних правових систем (у межах державних) у єдиний геоправовий простір. Цей процес має комплексний характер та складається із декількох стадій, які визначені у статті. Підкреслено, що міждержавна правова інтеграція виступає необхідною умовою ефективної міжнародної співпраці. Її розвиток викликаний необхідністю упорядкування міждержавних відносин з метою створення та підтримки стабільного світового порядку та міжнародної безпеки.

Ключові слова: правова інтеграція, глобалізація, імплементація, систематизація, міждержавна правова інтеграція, правова система, уніфікація, європейське право.

ПРАВОВАЯ ИНТЕГРАЦИЯ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Аннотация. В статье проанализировано понятие термина «правовая интеграция». Определены черты и значение в современном мире интеграционных процессов, их объекты и субъекты, а также основные черты этого явления. Сформулировано, что правовая интеграция – процесс, который характеризуется длительностью и поэтапностью своего развития. Выделяются следующие этапы развития: возникновение, становление, периоды зрелости и стабильности, преобразования. Кроме того, уделено внимание разделению таких понятий, как «глобализация», «правовая интеграция», «унификация», «систематизация», «рецепция», «имплементация». Определено, что правовая интеграция разделяется на несколько уровней, в качестве критерия такой классификации выступает сфера распространения указанного процесса: выделяются внутренняя и внешняя правовая интеграция, в каждой из которых выделяются свои подуровни. Проанализировано, что предназначением правовой интеграции является объединение национальных

правовых систем (в пределах государственных) в единое геоправовое пространство. Этот процесс имеет комплексный характер и состоит из нескольких стадий, которые определены в статье. Подчеркивается, что международная правовая интеграция выступает необходимым условием эффективного международного сотрудничества. Его развитие обусловлено упорядочением межгосударственных отношений с целью создания и поддержки стабильного мирового порядка и международной безопасности.

Ключевые слова: правовая интеграция, глобализация, имплементация, систематизация, межгосударственная правовая интеграция, правовая система, европейское право.

Maryna G. Khaustova

Department of Theory of State and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

LEGAL INTEGRATION: THE THEORETICAL ASPECT

Abstract. *The article analyzes the concept of the notion legal integration. The article determines the meaning and the importance of integration processes in the modern world, their objects and subjects, as well as the main features of this phenomenon. It is formulated that legal integration is a process which is characterized by the duration and graduation of its development. The following stages of the development are defined: origin, formation, period of maturity and stability, transformation. Moreover, it is paid attention to the differentiation of concepts such as "globalization", "legal integration", "unification", "systematization", "reception", "implementation". It is determined that legal integration is divided into several levels, a criterion for such a division is a sphere of spreading such a process: the internal and external legal integration are distinguished, both containing their own sublevels. It is analyzed that the purpose of legal integration is the unification of the national legal systems (within the state) into a single geo-legal space. This process is complex and consists of several stages defined in the article. It is emphasized that international legal integration is a necessary condition for an effective international cooperation. Its development is caused by the need to regulate interstate relations with the aim of creating and supporting a stable world order and international security.*

Keywords: legal integration, globalization, implementation, systematization, interstate legal integration, legal system, unification, European law.

ВСТУП

Термін «інтеграція» походить від латинського «*integer*», тобто повне, ціле, що дослівно перекладається як «возз'єднання, заповнення» та представляє собою ту сторону процесу розвитку, яка пов'язана з об'єднанням в ціле раніше різно-рідних частин та елементів. Процеси інтеграції можуть мати місце як у рамках вже сформованої системи (у цьому випадку вони ведуть до підвищення рівня її цілісності та організованості), так і при виникненні нової системи із раніше непов'язаних елементів. Існують різні види інтеграції, які знаходять свій прояв в усіх сферах існування суспільства, держави, окремої особистості. Так, залеж-

но від сфери дії можна виокремити загальносоціальну, політичну, економічну, культурну інтеграцію, інтеграцію права та інші види [1].

Правова інтеграція здійснює вплив на усі елементи систем, що взаємодіють, серед яких: економіка, політика, право, правовідносини, законодавство, судова та адміністративна практика. Інтеграція здійснює сильний вплив як на правотворчість, так і на правозастосування. При цьому відбувається запозичення не тільки правових норм, але й методів, способів, засобів правового регулювання, прийомів юридичної техніки, яка застосовується при складанні та оформленні нормативно-правових актів. Правова інтеграція здійснюється не поверхово, а проникає углиб правової системи та зачіпає усі її основні елементи [2; 3].

У загальній теорії держави і права відсутня єдина думка з приводу поняття правової інтеграції [4; 5]. Найчастіше визначення обмежується лише сферою міждержавної взаємодії, тоді як процес правової інтеграції здійснюється і на внутрішньодержавному, і навіть на регіональному рівнях. Метою дослідження є аналіз сутності правової інтеграції, її різновидів та елементів, а також наведення чітких визначень та розмежування різних категорій і понять цього процесу.

1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

Поняття «інтеграція» прийшло на зміну поняттю «міжнародне співробітництво» (яке не відображало сутності нових явищ) і розуміється як вихід за межі співробітництва – аж до утворення єдиної структури, що відзначається наддержавними ознаками. Наукова література визначає інтеграцію як процес і результат взаємозв'язку, взаємодії, зближення та об'єднання в єдине ціле будь-яких частин, елементів країн, їхніх економік, соціальних і політичних структур, культур, соціальних і політичних груп, етносів, партій, рухів, організацій [6].

Процеси інтеграції є вкрай різноманітними, що становить проблему при спробі їхнього детального дослідження. Чинниками, що сприяють розвитку інтеграційних процесів, є протистояння між країнами в результаті зіштовхування різних цінностей та інтересів; пошук компромісів та вирішення конфліктів зумовлюють перехід на якісно новий рівень міжнародних відносин. Дослідженням цих складних та суперечливих явищ займалися К. Дейч, Е. Хаас, Д. Пучала, Е. Моравчик, П. Тейлор, П. Гофман, В. Рьопке, А. Маршаль, Г. Джонсон, кожен з яких зробили певний внесок у розробку понять «інтеграція» і «європейська інтеграція». Ідеї дослідників різних часів були сприйняті і використані задля подальшого вивчення та дослідження сутності інтеграційних процесів сучасними зарубіжними та вітчизняними вченими, серед яких Л. А. Луць, І. В. Яковюк, Т. М. Вахітова, В. Л. Кулапов, Е. Г. Потапенко, А. Е. Єгоров.

Дана тема знайшла своє відображення і в роботах провідних вчених, як, наприклад, одного з лідерів «флорентійської школи» політичних досліджень Дж. Сарторі. Дослідник стверджує, що інтеграція – це процес, який здійснюють конкретні агенти: країни, партії, угруповання тощо. При цьому він наголо-

шує, що в західній практиці цей термін не застосовується до будь-якого виду «з'єднання» чи «злиття», а максимальний рівень єднання досягається за наявності інтегруючих факторів [7].

2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

У даній статті використані різноманітні теоретичні методи дослідження. Виходячи із буквального тлумачення поняття «інтеграція», приходимо до твердження, що воно відображає певний процес, у результаті якого відокремлені та розрізнені елементи перетворюються на цілісну систему. Такий підхід дає можливість вдаватися до системного аналізу, що є досить ефективним методом для дослідження процесів у правових науках.

Здійснено теоретичний аналіз інформації, представленої в численних дослідженнях вітчизняних та іноземних вчених, які займалися вивченням правових аспектів інтеграційних процесів. Це дозволило узагальнити та навести чіткі формулювання різних термінів, що стосуються вищезгаданих процесів. Застосувавши метод порівняння, було виявлено та окреслено принципову різницю між цими термінами, що є критично важливим для розуміння сутності інтеграційних процесів. Зокрема, проаналізовано різні тлумачення поняття правової інтеграції, визначені суб'єкти та об'єкти правової інтеграції та проведено розмежування між поняттями «міждержавна правова інтеграція» та «правова інтеграція».

3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

У загальній теорії держави і права відсутня єдина думка з приводу поняття правової інтеграції. Частіше зустрічається його вузьке розуміння, яке обмежується лише сферою міждержавної взаємодії, тоді як процес правової інтеграції здійснюється і на внутрішньодержавному, і навіть на регіональному рівнях. Тому не слід ототожнювати такі категорії, як міждержавна правова інтеграція і правова інтеграція. Дослідження сутності правової інтеграції, її різновиди та елементи є головним завданням дослідження інтеграційних процесів.

Правова інтеграція – це складний процес. З одного боку, він виступає як процес об'єднання елементів у систему, а з другого – спрямований на підтримку цілісності системи, що вже існує. Правова інтеграція має об'єктивний, закономірний характер. Так, у галузі суспільного життя, як і у природі, об'єктивний закон створює лише об'єктивну реальну можливість, яка діяльністю людей перетворюється у дійсність. Слід відмітити, що роль суб'єктивних факторів підвищується по мірі розвитку інтеграційного процесу. Внаслідок діяльності людини створюються умови, які сприяють або штучно затримують розвиток інтеграційних процесів. Однак передумови та причини правової інтеграції мають об'єктивну природу [8].

Об'єкт правової інтеграції – це те, на що спрямована дія вказаного процесу. Основним (загальним) об'єктом правової інтеграції виступають соціальні систе-

ми та елементи, що її складають. Однак із використанням правових засобів здійснюється об'єднувальна взаємодія економічних, політичних, культурних та інших систем. Однак така взаємодія можлива лише на основі уніфікованих правил, тому безпосереднім об'єктом правової інтеграції виступають правові системи. При цьому в залежності від того, на якому рівні здійснюються інтеграційні процеси, можливо говорити про міжнародну правову систему, внутрішньодержавну правову систему та правові системи різних суб'єктів в рамках однієї держави (мова йде про федеративні держави, які складаються із відносно автономних суб'єктів).

Слід підкреслити, що безпосереднім об'єктом правової інтеграції виступають не тільки правові системи у вузькому розумінні – внутрішньодержавні правові системи та правові системи суб'єктів федеративної держави, але й інші системні утворення у правовій сфері. Так, навіть при внутрішній інтеграції права об'єктами поєднання виступають елементи структури права, а саме – норми, інститути, галузі, які за своєю суттю також є правовими системами нижчого рівня.

Зближення внутрішньодержавних правових систем приводить до зближення правових сімей, під якими прийнято розуміти сукупність національних правових систем, заснованих на спільності джерел, структури права та історичного шляху їх формування. Як правило, в юридичній літературі виокремлюють такі правові сім'ї: загального права, романо-германську, традиційну та релігійну. Внаслідок тісної та конструктивної взаємодії та розвитку інтеграційних процесів кордони між вищезазначеними правовими сім'ями стираються, стають менш очевидними та все більше формальними.

Суб'єкти правової інтеграції – це особи та органи, за посередництвом яких здійснюються об'єднувальні процеси. Це, як правило, органи державної влади, що мають правотворчу або правозастосовну компетенцію. Серед органів – суб'єктів інтеграції слід виокремити колегіальні та одноособові [9].

Серед суб'єктів міждержавної правової інтеграції слід виокремити специфічного суб'єкта – міжнародні організації, які представляють собою поєднання держав, що створюється на основі міжнародного договору для виконання певних цілей, що мають відповідну систему постійно діючих органів, які наділені міжнародною правосуб'єктністю, та створене у відповідності із міжнародним правом.

Щоб визначити правову інтеграцію як категорію, необхідно вказати на її ознаки:

1. Це процес, який виникає в силу об'єктивних причин.
2. Цей процес має специфічну сферу функціонування, а саме – соціальну. Її особливістю є те, що усі зміни опосередковуються діяльністю людей, оскільки саме суспільство є нічим іншим, як певною формою гуртожитку, що виник внаслідок еволюційного розвитку форм взаємодії людей.
3. Виступає стороною та об'єктивною тенденцією сучасного соціального розвитку.

4. Спрямована на зближення та об'єднання взаємодіючих елементів у системі з використанням правових засобів, а також на підтримку цілісності та єдності вже існуючої соціальної системи.

5. Переслідує ціль – формування соціальної (політичної, економічної, культурної, правової) системи вищого порядку, яка наділена організаційною та функціональною єдністю.

6. Має певні етапи. Правова інтеграція – процес, який характеризується тривалістю та поетапністю свого розвитку. Виокремлюються такі етапи розвитку: виникнення, становлення, період зрілості та стабільності, перетворення.

Отже, правова інтеграція – закономірний процес соціального правового розвитку, який за рахунок застосування правових засобів та формування якісно однорідної правової основи забезпечує поетапне поєднання соціальних (політичних, економічних, культурних, правових, інформаційних) систем у єдину консолідовану соціальну систему вищого рівня, а також підтримку цілісності та єдності соціальної системи, що вже існує.

У світлі вищенаведеного необхідно розмежувати такі поняття, як «глобалізація», «правова інтеграція», «уніфікація», «систематизація», «рецепція», «імплементация». Особливу увагу слід приділити співвідношенню категорій «глобалізація» та «інтеграція». Вказані категорії близькі за змістом, але повністю не співпадають.

Глобалізація представляє собою багатосферний макромасштабний процес, об'єктом якого виступають соціальні системи. Глобалізація у правовій сфері є універсалізацією внутрішньодержавних правових систем та не пов'язана з їх об'єднанням у щось інше, ціле, якісно нове [10].

Відмінності процесів глобалізації та правової інтеграції полягають у такому:

1. Глобалізація – це світовий процес, який може відбуватися тільки на вищому рівні, тоді як правова інтеграція – багаторівневий процес, який може здійснюватися не тільки на міжнародному, але й на внутрішньодержавному рівні.

2. Глобалізація завжди пов'язана з універсалізацією та денационалізацією правових систем, тоді як процес правової інтеграції не обов'язково пов'язаний з указаними явищами (наприклад, проявом інтеграції у праві виступає процес формування нових правових спільнот, який ніякого відношення до універсалізації не має).

3. Глобалізаційні процеси не завжди опосередковані правом, тоді як процес правової інтеграції передбачає необхідність використання правових засобів.

4. Глобалізація не переслідує мету поєднання національних систем в деяку єдність; правова інтеграція, навпаки, спрямована на поєднання та має за мету формування єдиної консолідованої системи більш високого рівня.

5. Якщо співвідносити процес глобалізації та процес міжнародної правової інтеграції на глобальному рівні із функціональної точки зору, то глобалізація як процес нарощення у соціальних системах держав спільного, універсального,

служує основою для зближення національних систем та подальшого їх поєднання з використанням правових засобів, тобто створює необхідні умови для здійснення міждержавної правової інтеграції.

Таким чином, поняття глобалізації – багатопланове, яке позначає комплексний процес, що охоплює усі сторони існування суспільства та держави, тоді як правова інтеграція обмежується лише правовими засобами, що опосередковують поєднання соціальних систем. Тому вказані категорії не співпадають за своїм обсягом та змістом, мають різний суб'єктний склад, цілі та результати.

При співвідношенні категорій «правова інтеграція», «гармонізація» та уніфікація необхідно відмітити, що дві останні можливо розглядати як універсальні методи правової інтеграції.

Важливе значення має також розмежування категорій «правова інтеграція», «рецепція», «імплементація» та «систематизація». При співвідношенні даних категорій необхідно вказати, що рецепція як процес запозичення правових елементів виступає способом правової інтеграції на міжнародному (при запозиченні однієї національної правової системи елементів правової системи іншої держави) та внутрішньодержавному рівнях (при запозиченні правових елементів однієї регіональної правової системи іншою). Імплементація як процес внесення в національні правові системи міжнародних норм та принципів у цілях виконання міжнародно-правових зобов'язань виступає способом міждержавної правової інтеграції. Систематизацію як процес техніко-юридичного упорядкування правового матеріалу слід розглядати як спосіб інтеграції у право, який передбачає певні зміни не тільки зовнішньої форми, але й структури системи права.

Правова інтеграція поділяється на декілька рівнів, критерієм такої класифікації виступає сфера розповсюдження указанного процесу. Так, слід виокремити внутрішню та зовнішню правову інтеграцію. Внутрішня (або внутрішньосистемна) правова інтеграція – відбувається в межах конкретної системи (економічної, політичної, правової та ін.). Зовнішня (міжсистемна) правова інтеграція – певна форма взаємодії систем. Зовнішньою вона називається тому, що пов'язана з об'єднанням соціальних систем та їх елементів, які є самостійними або мають власну організацію. У свою чергу зовнішня інтеграція має підрівні: міжнародну та внутрішньодержавну (федеративну). Міжнародна інтеграція характеризує взаємодію систем різних держав, а також взаємодію національних систем із міжнародним правом.

Внутрішньодержавна (федеративна) правова інтеграція характеризує взаємодію систем суб'єктів федерації у федеративних державах між собою та з федеральною системою. В унітарних державах даний вид необхідно розглядати як внутрішню (внутрішньосистемну) правову інтеграцію.

У свою чергу, міжнародна інтеграція поділяється на глобальну та регіональну. Глобальна правова інтеграція охоплює загальні об'єднувальні тенденції прак-

тично усіх національних систем. Такі тенденції простежуються, наприклад, при взаємодії національних правових систем із міжнародним правом. Регіональна інтеграція відбувається при взаємодії національних систем обмеженої кількості держав у межах певного регіону або в межах певного наддержавного регіонального утворення.

Як зауважує Л. Луць, призначенням правової інтеграції є об'єднання національних правових систем (у межах державних) в єдиний геоправовий простір [11]. Цей процес має комплексний характер та складається з декількох стадій:

1. Поглибленої взаємодії та узгодження засад формування міждержавної правової системи.

2. Наближення національних правових систем до міждержавної шляхом попередньої адаптації внутрішньодержавного законодавства до правових стандартів цієї системи.

3. Вхідження національних правових систем до міждержавної та остаточна правова адаптація у межах єдиного правового простору.

На першій стадії поглиблюється співробітництво національних правових систем, визначаються їхні особливості, можливості узгодження дій, усунення перешкод їхньої взаємодії, однакової нормативно-правової регламентації тих чи інших відносин або більшості з них. Визначення попередніх умов свідчить про об'єктивну можливість об'єднання держав, унаслідок чого вони отримують змогу задовольняти потреби та інтереси, які не могли реалізувати через національну правову систему – це дає підставу для організаційних дій щодо формування міждержавно-правової системи. На цій стадії відбувається узгодження головних правових засад функціонування такої системи з універсальними міжнародними принципами та нормами.

На стадії наближення національних правових систем, зокрема до регіональних міждержавних правових систем, здійснюється попередня адаптація, яка є процесом досягнення правових вимог, необхідних для входження в міждержавну правову систему і які є обов'язковою передумовою визнання держави учасницею відповідної організації. Відбувається пристосування внутрішньодержавного законодавства до правових стандартів, які містяться в джерелах міжнародного права, насамперед, міжнародно-правових договорах, укладених державами-учасницями.

Отже, правова адаптація має важливе значення не тільки для ефективності інтеграційних процесів, але й для досягнення взаємоузгоджених відносин у межах єдиного правового поля. Для удосконалення цих процесів важливе значення має правильне застосування відповідних інтеграційних способів.

Третя стадія характеризується, передусім, дотриманням установлених процедур вступу в об'єднання, а після набуття статусу його члена – взяттям і виконанням усіх передбачених зобов'язань. Тут відбувається повна адаптація національної правової системи до правового поля міждержавного об'єднання [11].

Отже, світові інтеграційні процеси опосередковуються правом. Виникнення та розвиток міждержавних відносин потребує єдиної для всіх учасників правової регламентації. Це приводить до виникнення нових правових інститутів, які мають наддержавний характер і у сукупності складають єдину міжнародну правову систему. Джерелом цієї системи виступає внутрішнє національне право держав, що взаємодіють. Але в процесі розвитку виникають самостійні джерела міжнародних правових положень, відбувається формування міжнародних правових галузей та інститутів. У сучасних умовах роль міжнародного права значно підвищилася [12]. Виникають нові форми взаємного впливу міжнародного та внутрішньодержавного права. Тісна співпраця держав спричинює необхідність єдиного регулювання міжнародних відносин та зближення національних правових систем.

Глобальна та регіональна правова інтеграція веде до інтернаціоналізації внутрішнього права держав. Особливо явно інтернаціоналізація відбувається у сфері конституційного права. Положення про права і свободи належать до світових, загальнолюдських цінностей та знайшли закріплення практично в усіх конституціях. Суть процесу інтернаціоналізації полягає у тому, щоб національна правова система, відображаючи світові правові цінності, почала набувати універсального характеру (за посередництва підвищеного впливу на внутрішню правову систему міжнародного права та правових систем інших держав).

Так, поява та розвиток Європейського Союзу є прикладом успішної спроби збереження впливу на універсальному рівні держав одного регіону в умовах глобалізації. За ступенем інтеграції ЄС наближається до конфедеративної форми правового устрою регіонального об'єднання. При цьому його розвиток відбувається шляхом збільшення кількості повноважень центральних органів європейського інтеграційного об'єднання у сферах зовнішньої політики та економіки, а також розвитку елементів наддержавності. У випадку протиріччя норми права ЄС мають пріоритет перед нормами національного права [13].

Наднаціональний характер ЄС проявляється у праві його органів видавати обов'язкові для держав-членів та їхніх громадян владні акти прямого застосування, що мають пріоритет перед внутрішньодержавним правом, приймати рішення (по ряду питань) більшістю голосів, а не консенсусом. При цьому функціонери органів ЄС виступають в особистій якості, а не знаходяться на службі у держави свого громадянства.

Примат норм права ЄС над нормами національного права держав-учасниць підтверджується європейською судовою практикою.

У зв'язку із цим слід вказати основні ознаки європейського права:

- верховенство по відношенню до національних систем права держав-членів;
- пряма дія;
- інтегрованість у національні правові системи.

В сучасних умовах розвиток процесу міждержавної інтеграції дозволяє розвиватися національним системам не відокремлено один від одного, а використовувати іноземний соціально-правовий досвід. Це допомагає уникнути численних помилок та вийти із кризового стану, спрямувати розвиток системи на правильний, прогресивний шлях [14].

ВИСНОВКИ

Таким чином, міждержавна правова інтеграція виступає необхідною умовою ефективної міжнародної співпраці. Її розвиток викликаний необхідністю упорядкування міждержавних відносин з метою створення та підтримки стабільного світового порядку та міжнародної безпеки. Основною причиною виникнення та розвитку процесу міжнародної правової інтеграції виступає розширення та поглиблення економічних зв'язків і, як результат, поява наднаціональних утворень (транснаціональних корпорацій), діяльність яких не може регулюватися засобами та способами лише однієї правової системи. Як ще одну причину даного рівня правової інтеграції слід вказати посилення зовнішніх проблем та необхідність їх вирішення (екологічна проблема, проблема боротьби із міжнародною злочинністю, проблема забезпечення міжнародної безпеки, до складу якої входять забезпечення ядерної та інформаційної безпеки, незаконна міграція та ін.). Ця причина є універсальною та обумовлює появу як міждержавної, так і внутрішньодержавної інтеграції.

Вищенаведене дозволяє зробити висновок про становлення та розвиток інтеграційного права ЄС як системи, що має високий рівень організації, та його активному впливі на національні правові системи. Регіональна правова інтеграція стала основою зближення національних правових систем та виникнення системи більш високого, наднаціонального рівня.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Тиркус Ю. С. Теоретичні засади дослідження процесів політичної інтеграції / Ю. С. Тиркус // Вісник СевНТУ. Серія: Політологія. – 2014. – № 145. – С. 100–104.
- [2] Быкова Е. В. Современные процессы сближения и размежевания основных правовых систем / Е. В. Быкова. – Москва : Юрлитинформ, 2012. – 232 с.
- [3] Егоров А. Е. Правовая интеграция и ее содержание / А. Е. Егоров // Государство и право. – 2006. – № 6. – С. 74–84.
- [4] Хірсін А. В. Концептуальний зміст правової інтеграції: сучасні дискусії та шляхи конструктивного діалогу / А. В. Хірсін // Юридичний вісник. – 2014. – № 30. – С. 52–57.
- [5] Правові системи сучасності : навч. посіб. / [відп. ред.: Ю. С. Шемшученко]. – Київ : Юридична думка, 2012. – 492 с.
- [6] Політологічний словник : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / [за ред. М. Ф. Головатого та О. В. Антонюка]. – Київ : МАУП, 2005. – 792 с.
- [7] Sartori G. Concept misformation in comparative politics / G. Sartori // The American Political Science Review. – 1970. – Vol. 64. – № 4. – С. 1033–1053.

- [8] Правова доктрина України : у 5 т. Т. 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція / [ред.: О. В. Петришин]. – Харків : Право, 2013. – 976 с.
- [9] Яковюк І. В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : монографія / І. В. Яковюк. – Харків : Право, 2013. – 760 с.
- [10] Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации / М. Н. Марченко. – Москва : Проспект, 2009. – 400 с.
- [11] Луць Л. Правова інтеграція: загальнотеоретична характеристика / Л. Луць // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2004. – № 39. – С. 79–85.
- [12] Кулапов В. Л. Теоретические основы правовой интеграции : монография / В. Л. Кулапов, Е. Г. Потапенко. – Москва : Юрлитинформ, 2011. – 184 с.
- [13] Хаустова М. Г. Проблема організаційно-правового забезпечення гармонізації законодавства України до законодавства Європейського Союзу / М. Г. Хаустова // Проблеми законності. – 2013. – № 121. – С. 12–29.
- [14] Интеграционное право в современном мире: сравнительно-правовое исследование : монография / [отв. ред.: С. Ю. Кашкин]. – Москва : Проспект, 2015. – 416 с.

REFERENCES

- [1] Tyrkus, Y. S. (2014). Theoretical basis of the study of processes of political integration. *Bulletin of SevNTU. Series: Politics*, 145, 100–104.
- [2] Bykova, E. V. (2012). *Modern processes of convergence and disengagement major legal systems*. Moscow: Yurлитinform.
- [3] Egorov, A. E. (2006). Legal integration and its content. *State and Law*, 6, 74–84.
- [4] Khirsin, A. V. (2014). Conceptual content of the legal integration: contemporary discussions and the way of constructive dialogue. *Law Herald*, 30, 52–57.
- [5] Shemshuchenko, Yu. S. (Ed.). (2012). *Legal systems of the present*. Kyiv: Yurydychna Dumka.
- [6] Golovaty, M. F., & Antonyuk, O. V. (Eds.). (2005). *Political dictionary*, Kyiv: MAUP.
- [7] Sartori, G. (1970). Concept misformation in comparative politics. *The American Political Science Review*, 64(4), 1033–1053.
- [8] Petryshin, O. V. (Ed.). (2013). *The legal doctrine of Ukraine. General theoretical and historical jurisprudence*. Kharkiv: Pravo.
- [9] Yakovuk, I. V. (2013). *Legal bases of integration into the EU: General theoretical analysis*. Kharkiv: Pravo.
- [10] Marchenko, M. N. (2009). *State and law in the conditions of globalization*. Moscow: Prospect.
- [11] Luts, L. (2009). Legal integration: General theoretical description. *Bulletin of Lviv University. Legal Series*, 39, 79–85.
- [12] Kulapov, V. L., & Potapenko, E. G. (2011). *Theoretical foundations of legal integration*. Moscow: Jurlitinform.
- [13] Haustova, M. G. (2013). The problem of organizational and legal provision of harmonization of Ukrainian legislation to the legislation of the European Union. *Problems of Legality*, 121, 12–29.
- [14] Kashkin, S. Yu. (Ed.). (2015). *Integration law in the modern world: A comparative legal study*. Moscow: Prospect.

Марина Геннадіївна Хаустова

Кандидат юридичних наук

Доцент кафедри теорії держави і права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Марина Геннадьевна Хаустова

Кандидат юридических наук

Доцент кафедры теории государства и права

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

61024, ул. Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Maryna G. Khaustova

Candidate of Juridical Science

Associate Professor of the Department of Theory of State and Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Хаустова М. Г. Правова інтеграція: теоретичний аспект / М. Г. Хаустова // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 192–203.

Suggested Citation: Khaustova, M. G. (2018). Legal integration: The theoretical aspect. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 192–203.

Стаття надійшла / Submitted: 16/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 19/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 07/04/2018

Ганна Олександрівна Христова
 Кафедра теорії держави і права
 Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
 Харків, Україна

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ОКУПАЦІЇ

Анотація. У статті досліджується поняття та умови військової окупації як виду міжнародного збройного конфлікту, який регулюється правом окупації, що є складовою міжнародного гуманітарного права (МГП) (Гаазького та Женевського права). Розкриваються елементи тесту «ефективного контролю», який дозволяє встановити стан окупації, а також його інтерпретація з урахуванням «теорії непрямого ефективного контролю», за якою держава-окупант може здійснювати ефективний контроль через «сурогатні» парамілітарні угруповання, якщо вони перебувають під її «загальним контролем». Доводиться, що зобов'язання держави стосовно поваги та забезпечення прав місцевого населення містяться як у праві окупації, так і у праві прав людини. Екстратериторіальна застосовність права прав людини у разі здійснення державою ефективного контролю над територією (частиною території) іншої країни підтверджена міжнародними трибуналами, моніторинговими органами ООН з прав людини, а також Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ). При цьому точна поведінка, яка вважається достатньою для виконання тих чи інших зобов'язань у галузі прав людини в ситуації військової окупації («моделі застосування»), має визначатися у світлі правового і практичного контексту, в якому функціонує окупаційна влада, з урахуванням можливості дерогації. Обґрунтовується та демонструється на прикладах, що обсяг екстратериторіальних зобов'язань окупаційної держави залежить від типу зобов'язань (позитивні та негативні зобов'язання з прав людини), тривалості окупації (короткотермінова чи тривала окупація), а також видів прав людини (громадянські та політичні права *versus* економічні, соціальні та культурні права в контексті зобов'язань щодо поваги, захисту та забезпечення). Підсумовується, що застосування права прав людини до ситуації окупації забезпечує особам, які опинилися на тимчасово окупованих територіях, додаткові інструменти, яких не пропонує МГП, передусім, можливість звернутися до міжнародного механізму захисту прав, зокрема до ЄСПЛ. При цьому держава, частина території якої окупована, на виконання своїх позитивних зобов'язань має всіма доступними засобами сприяти забезпеченню та захисту прав своїх громадян, які опинилися на тимчасово непідконтрольній території.

Ключові слова: права людини, зобов'язання держави, окупація, ефективний контроль, екстратериторіальне застосування.

Анна Александровна Христова
 Кафедра теории государства и права
 Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
 Харьков, Украина

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВА В СФЕРЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В УСЛОВИЯХ ОККУПАЦИИ

Аннотация. В статье исследуются понятие и условия военной оккупации как вида международного вооруженного конфликта, которые регулируются правом оккупации,

охватываемым международным гуманитарным правом (МГП) (Гаагским и Женевским правом). Раскрываются элементы теста «эффективного контроля», который позволяет установить состояние оккупации, а также его интерпретация с учетом «теории косвенного эффективного контроля», согласно которой государство-оккупант может осуществлять эффективный контроль посредством «суррогатных» парамилитарных групп, если они находятся под его «общим контролем». Доказывается, что обязательства государства, которые касаются уважения и обеспечения прав местного населения, предусматриваются как правом оккупации, так и правом прав человека. Экстраэриториальная применимость права прав человека при осуществлении государством эффективного контроля над территорией (частью территории) другой страны подтверждается международными трибуналами, мониторинговыми органами ООН по правам человека, а также Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ). Обосновывается и демонстрируется на примерах, что объем экстраэриториальных обязательств оккупационного государства зависит от типа обязательств (позитивные и негативные обязательства в области прав человека), продолжительности оккупации (краткосрочная или длительная оккупация), а также видов прав человека (гражданские и политические права *versus* экономические, социальные и культурные права в контексте особенностей обязательств относительно уважения, защиты и обеспечения прав человека). В итоге утверждается, что применение права прав человека в ситуации оккупации обеспечивает лицам, которые оказались на временно оккупированных территориях, дополнительные инструменты, которые не предлагает МГП, прежде всего, возможность обратиться к международному механизму защиты прав человека, в частности в ЕСПЧ. При этом государство, часть территории которого оккупирована, в исполнение своих позитивных обязательств должно всеми доступными средствами способствовать обеспечению и защите прав своих граждан оказавшихся на временно неподконтрольной территории.

Ключевые слова: права человека, обязанности государства, оккупация, эффективный контроль, экстраэриториальное применение.

Ganna O. Khrystova

Department of Theory of State and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF A STATE IN SITUATION OF OCCUPATION

Abstract. *The article analyses the notion and conditions of military occupation as a type of international armed conflict, which is regulated by the law of occupation as a component of IHL (Hague and Geneva law). The elements of “effective control” test, which allows to define whether a territory is under the occupation, are disclosed with the “theory of indirect effective control” with the help of which an occupying state could exercise effective control over occupied territories through “surrogate” armed forces who are under its “overall control”. It is proved, that the state obligations to respect and to provide rights for local population contain in a law of occupation and in a law of human right. Extraterritorial applicability of the law of the human right in case of the state exercising effective control over the territory (part of the territory) of*

the foreign country is accepted with international tribunals, UN human rights monitoring bodies, and also European Court of Human Rights (ECHR). With all that, precise behaviour, which is sufficient for exercising different obligations in the area of human rights in situation of military occupation ("model of application"), must be defined in the legal and practical context, in which occupational government operating taking into account all possible derogations. It is substantiated and practically illustrated, that the scope of extraterritorial obligations of the state depends on type of obligations (positive and negative obligations of human rights), duration of occupation (short-termed or prolonged occupation), and also types of human rights (civil and political rights versus economic, social and cultural rights in the context of obligations to respect, to protect and to fulfill human rights). It is stated, that the applicability of the human rights law in the situation of occupation provides additional opportunities for people residing on temporarily occupied territories which are not provided by IHL, first of all, an opportunity to apply to international mechanism for human rights protection in particular to the ECHR. Meanwhile, to fulfil its positive obligations, a state, which is not exercising control over a part of its territory, must by all available means provide actions to secure the rights of its citizens who are residing on non-governmental controlled areas.

Keywords: human rights, state obligations, occupation, effective control, extraterritorial application.

ВСТУП

Складні політичні виклики та розвиток міждержавних відносин всупереч засадам світового порядку, конституюваного після 2-ї Світової війни Статутом Організації Об'єднаних Націй, призвели до появи на сучасній геополітичній мапі світу тимчасово окупованих територій. Внаслідок актів агресії Україна як суверен втратила контроль над частиною території в межах міжнародно-визнаних державних кордонів. 15 квітня 2014 р. було схвалено Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» № 1207-VII, яким визнано Автономну Республіку Крим тимчасово окупованою територією. 18 січня 2018 р. Верховна Рада України підтримала Закон України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України над тимчасово окупованими територіями в Донецькій та Луганській областях» № 2268-VIII, визнавши окупованими окремі райони Донецької та Луганської областей, які тимчасово не перебувають під контролем Української влади.

Серед фахівців добре відомо, що національні «закони про окупацію» автоматично не породжують визнання факту окупації та відповідальності держав за міжнародним правом, адже, як зазначає Венеціанська комісія у Висновку щодо Закону про тимчасово окуповані території Грузії, «питання про міжнародну відповідальність не може регулюватися на основі національного законодавства, а вирішується на базі міжнародного права» (п. 37) [1]. Такі закони не можуть «створити» окупацію, або «оголосити» про неї, однак вони можуть привернути увагу міжнародної спільноти до того, що відбувається [2]. Національні за-

кони про окупацію висловлюють консолідовану національну оцінку поточного державно-правового стану, політико-правову позицію держави щодо підстав та наслідків втрати ефективного контролю над частиною її суверенної території. Це актуалізує нову для української юриспруденції проблему зобов'язань держав стосовно забезпечення та захисту прав людини на тимчасово окупованих територіях.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Окреслена наукова та практична проблема лежить у площині міждисциплінарних досліджень на стику міжнародного гуманітарного права та права окупації як його складової, права прав людини та теорії держави і права, адже зобов'язання держав у галузі прав людини характеризуються істотними особливостями. Вони реалізуються на національному рівні в межах «вертикальних» правових відносин, де з одного боку – держава, з другого – особи, що перебувають у межах її юрисдикції, при цьому такі зобов'язання регулюються «міжурядовими» нормами, які є «горизонтальними» за своєю природою [3] та мають міжнародно-правову природу.

Питання міжнародного гуманітарного права в українській науці досліджували юристи-міжнародники Б. Бабін, Н. Гнатовський, Т. Короткий, Д. Кулеба, В. Репецький, Л. Тимченко, Н. Хендель та ін. Засади права окупації викладаються у вітчизняних підручниках з міжнародного права [4]. У той же час існують лише поодинокі вітчизняні дослідження, які піднімають проблему застосовності зобов'язань держави стосовно прав людини в умовах збройних конфліктів та окупації, тоді як ці важливі питання стають предметом самостійного аналізу у західній юриспруденції (див.: праці Ф. Дж. Хампсона (*F. J. Hampson*), Д. Кампанеллі (*D. Campanelli*), Н. Любелла (*N. Lubell*), М. Мілановича (*M. Milanovic*), М. Сассолі (*M. Sassoli*), Ф. Трістана (*F. Tristan*), у тому числі й на монографічному рівні (див.: монографію Ю. Арай-Такахаші (*Y. Arai-Takahashi*) «Право окупації: безперервність та зміна міжнародного гуманітарного права та його взаємодія з міжнародним правом людини» [5]. Проходять міжнародні експертні обговорення високого рівня щодо меж прав і обов'язків окупаційної держави у контексті виконання зобов'язань стосовно прав людини [6]. Це свідчить про актуальність сучасних вітчизняних досліджень з цієї проблематики, які б відтворювали останні світові тенденції з одного боку, та складні, гібридні виклики, що постали перед Україною, – з другого.

Отже, метою цієї статті є визначення сукупних умов, які свідчать про наявність стану окупації з урахуванням «тесту ефективного контролю» та теорії «непрямого ефективного контролю»; а також зобов'язань окупаційної держави за правом окупації й правом прав людини, та їх обсягу й характеру стосовно різних категорій прав людини.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ДИСКУСІЯ

2.1 Поняття військової окупації: елементи тесту ефективного контролю. Теорія непрямого ефективного контролю

Передовсім зупинимося на основних засадах права окупації, яке утворює важливу сферу міжнародного гуманітарного права (МГП). Фактично, військова окупація розглядається як вид міжнародного збройного конфлікту і регулюється відповідними інструментами МГП, так званим Гаазьким та Женевським правом. Як зауважує Дж. Пікте, «завдяки справедливому характеру Гаазьких і Женевських конвенцій, а також високим цінностям, які вони уособлюють, їхній історичній традиції та широкому визнанню, вони є не просто взаємними договорами, що регулюють відносини між певними державами, а й уособленням абсолютних і універсальних зобов'язань» [7].

Стаття 42 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (Гаага, 18 жовтня 1907 р.), яка набрала чинності для України 24 серпня 1991 р. (далі – Гаазька конвенція) визначає територію окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції. Відповідно до їх спільної ст. 2, чотири Женевські конвенції 1949 р. застосовуються до будь-якої території, окупованої під час міжнародних військових дій. Вони також застосовуються в ситуаціях, коли окупація території держави не зустріла збройного опору. Оскільки право окупації в першу чергу зумовлене гуманітарними міркуваннями, виключно фактичні обставини на місці визначають його застосування [8]. При цьому за правом окупації окупаційна держава не здобуває суверенних прав над цими територіями і не може їх анексувати або поступитися іншій державі. Юридичне положення таких територій визначається під час остаточного мирного врегулювання, тобто стан окупації носить тимчасовий характер.

Міжнародний Комітет Червоного Хреста (МКЧХ) зазначає, що правила МГП, що стосуються окупованих територій, починають застосовуватись в усіх випадках, коли територія піддається *ефективному контролю* з боку ворожих іноземними збройних сил [8]. Термін «*ефективний контроль*» (американська військова доктрина також використовує термін «*стійкий (міцний) контроль*» (англ. – *firm control*), розроблений для опису ключового елемента, що визначає початок окупації, характеризує обставини та умови, які дозволяють встановити існування стану окупації згідно з МГП. Це поняття не міститься в договірному праві, воно ґрунтовно розвинуте правовою доктриною та практикою міжнародних судів і військових трибуналів. Саме «ефективний контроль» виступає, як стверджує Т. Ферраро (*T. Ferraro*), «серцем концепції окупації». Причому стан окупації передбачає певний ступінь контролю ворожих військ над іноземною територією або її частинами замість «територіального суверену», який дозволяє іноземним

військам забезпечувати реалізацію передбачених правом окупації зобов'язань та прав держави-окупанта [9].

На підставі Гаазької конвенції та її підготовчих матеріалів, наукової літератури, військових навчальних посібників та рішень міжнародних судів, МКЧХ виокремив три елементи тесту «ефективного контролю» (англ. – *effective control test*): 1) збройні сили держави фізично присутні на іноземній території без згоди місцевого уряду (англ. – *local government*), який діяв під час вторгнення (агресії); 2) державна влада, що діяла під час вторгнення, була або могла бути, істотно чи повністю, позбавлена спроможності здійснювати свої повноваження через присутність іноземних сил без її згоди; 3) іноземні сили мають можливість здійснювати владу замість місцевого уряду на відповідній території (або її частинах) [9]. Взяті разом, ці елементи кумулятивно відображають напруженість інтересів між місцевою державною владою, окупаційною державою та місцевим населенням, що є незмінною характеристикою стану військової окупації.

Окрему проблему складає проблема «проксі-окупації» (англ. – *occupation by proxy*), яка прямо пов'язана з «теорією непрямого ефективного контролю» (англ. – *the theory of indirect effective control*). Останнім часом такі спеціальні випадки окупації набули все більшого поширення у зв'язку з послідовним просуванням інструментарію «гібридної війни». Вони засвідчують, що ефективний контроль може здійснюватися через «сурогатні» збройні сили (англ. – *surrogate armed forces*), якщо вони перебувають під «загальним контролем» (англ. – *overall control*) з боку іноземної держави та їх дії можуть бути їй «атрибуйовані». У таких випадках держава буде вважатися окупантом для цілей МГП, коли вона здійснює *загальний контроль* над де-факто місцевими органами влади або іншими місцевими організованими групами, які самі здійснюють ефективний контроль над територією або її частиною. Така ситуація у фаховій літературі також іноді іменується окупацією «довгої руки» (англ. – *long-arm occupation*) [6]. Як приклад, зокрема, наводиться Нагірний Карабах, який у численних резолюціях Генеральної асамблеї ООН по цьому питанню розглядався як територія, окупована Вірменією.

Теорія непрямого ефективного контролю також запобігає «правовому вакууму», який може виникати внаслідок використання державою «місцевих сурогатів», щоб уникнути своїх зобов'язань за правом окупації. З урахуванням концепції непрямого ефективного контролю дослідники пропонують адаптувати тест на визначення стану окупації у значенні МГП, додавши до кожного з його елементів «агентів» (у широкому значенні. – Г. Х.), які контролюються державою-окупантом та діють на їх користь [9].

2.2 Зобов'язання окупаційної держави

Широко визнається, що ст. 43 Гаазької конвенції та ст. 64 Четвертої Женевської конвенції є найважливішими правилами, що визначають і обмежують повнова-

ження окупаційної влади на території, що перебуває під її керуванням. Ці положення вказують на зобов'язання держави-окупанта вжити всіх залежних від неї заходів для того, щоб, по можливості, *відновити і забезпечити громадський порядок і безпеку*, дотримуючись існуючих у країні законів, за виключенням, коли це абсолютно неможливо. Це положення є одним з основних елементів *забезпечення балансу інтересів* між інтересами місцевого населення та інтересами окупаційної армії, адже, як стверджує Д. Кампанеллі, військова окупація не може бути прирівняна до демократичного режиму, оскільки її основне завдання не полягає у забезпеченні добробуту місцевого населення [3]. Однак здатність держави-окупанта встановити контроль як елемент юридичного тесту окупації означає її зобов'язання здійснювати владу задля підтримки порядку та забезпечення безпеки на окупованій території.

Обов'язки окупаційної держави викладені, в першу чергу, в Гаазькій конвенції (статті 42–56) та Четвертій Женевській конвенції, а також у деяких положеннях Додаткового Протоколу I 1977 г. та звичаєвого МПП. Обмежений обсяг цієї статті не дозволяє здійснити їх системний аналіз, тут лише зазначимо, що окупаційна держава зобов'язана надати дітям, що мешкають на захоплених територіях, можливість відвідування шкіл; забезпечити нормальний стан функціонування медичних закладів та підтримку громадського порядку за допомогою місцевих поліцейських сил. Вона зобов'язана забезпечити постачання харчових продуктів та медикаментів населенню на окупованих територіях, а за необхідності – дозволити третім сторонам (наприклад, МКЧХ) надати гуманітарну допомогу. У разі стягування окупаційною державою податків, мита і зборів, на неї покладається обов'язок нести витрати по управлінню окупованою територією у тій самій мірі, як це був зобов'язаний робити законний уряд (ст. 48 Гаазької конвенції).

В цілому, право окупації закріпило правові гарантії для цивільних осіб на окупованій території, які надають їм захист від правопорушень з боку окупаційної влади у тому, що стосується національного права, безпеки, права на життя та приватну власність, сімейної гідності та прав, присяги на вірність своїй країні, релігійних переконань та практик, а також колективних покарань. Отже, як стверджує Д. Кампанеллі, хоча ні право Гааги, ні право Женеві не складені у формулюваннях прав людини, в обох випадках міжнародне право прагне гарантувати кожній людині хоча б мінімум захисту від дій держав через її уразливість перед останньою [3].

2.3 Застосовність права прав людини в умовах окупації

Уже зазначалось, що застосовність права прав людини в умовах збройних конфліктів становила предмет численних досліджень іноземних експертів, які переконливо довели таку можливість з урахуванням практики міжнародних трибуналів, а також регіональних та ООН'ських органів з прав людини. Так, ЄСПЛ у справі *Лоїзиду (Loizidou v. Turkey, 1995)* та Міжнародний Суд у *Консультатив-*

ному висновку щодо будівництва стіни на окупованій палестинській території дійшли висновку «поза будь-яким розумним сумнівом» (англ. – *beyond any reasonable doubt*), що це паралельне застосування є можливим.

Дискутуючи про питання застосовності права прав людини до стану окупації, експерти назвали такі юридичні підстави застосування права прав людини на окупованій території: по-перше, договори з прав людини, сторонами яких виступає держава-окупант можуть застосовуватися екстратериторіально; по-друге, договори з прав людини можуть бути застосовними через те, що вони були ратифіковані та імplementовані на національному рівні державою, територія якої окупована (тобто відповідні зобов'язання діють як частина «національного права». – Г. Х.); по-третє, застосовність права прав людини на окупованій території може слідувати з еволюційної інтерпретації згаданих вище ст. 43 Гаазької конвенції та п. 2 ст. 64 Четвертої Женевської конвенції; по-четверте, і найголовніше, права людини будуть застосовуватися, оскільки вони вважаються частиною міжнародного звичаєвого права [6].

Разом з тим постає справедливе питання, чи не всі зобов'язання в галузі прав людини, які будуть визнані застосовуваними та практично здійснюваними, виявляться такими, які вже існують у правилах МГП, наприклад, такі як заборона завдавати шкоду цивільному населенню або ті, що стосуються лікування ув'язнених. Н. Льюбелл у ґрунтовному дослідженні, присвяченому зобов'язанням у сфері прав людини в умовах військової окупації, доводить, що не весь обсяг «праволюдних» зобов'язань відображено в МГП [10]. Зокрема, право окупації залишається неповним у тому, що стосується захисту громадянських та політичних прав цивільних осіб [3], які переважно належать до основоположних прав людини. Крім того, застосування права прав людини пропонує додаткові інструменти, які МГП не забезпечує, головний з яких – це *можливість звернутися до міжнародного механізму захисту прав людини, зокрема до ЄСПЛ*.

Можливість *екстратериторіального застосування зобов'язань з прав людини* неодноразово підтверджувалась моніторинговими органами з прав людини, а також ЄСПЛ, який зазначає: «106. Один виняток з принципу, що юрисдикція за статтею 1 обмежується власною територією держави, має місце тоді, коли внаслідок законних чи незаконних воєнних дій Договірна Держава здійснює ефективний контроль над територією поза межами її національної території. Обов'язок забезпечити на такій території права та свободи, передбачені в Конвенції, випливає з факту такого контролю, незалежно від того, чи здійснюється він безпосередньо, через власні збройні сили Договірної Держави, або через підпорядковану місцеву адміністрацію...» (*Catan v. Moldova, 2012*). Хоча на перших етапах ЄСПЛ продемонстрував певну двозначність у підходах (див.: *Al-Skeini v. UK, paras. 133–137*), він визначився, що військова окупація може розглядатися як ситуація, в якій зобов'язання в галузі прав людини застосовні як результат

ефективного контролю над територією з боку окупанта, який задовольняє вимоги ст. 1 Європейської конвенції з прав людини.

У межах права прав людини виникає припущення, що в ситуаціях контролю над територією держава зобов'язана екстратериторіально підтримувати *весь спектр своїх договірних зобов'язань в галузі прав людини*. Однак, очевидно, що це буде «абсолютно нереальною» пропозицію, адже здатність окупаційної держави дотримуватися зобов'язань у сфері прав людини зменшується через обмеження, накладені на неї правом окупації. Н. Льюбелл справедливо стверджує, що в кінцевому рахунку, позиція «все або нічого», швидше за все, призведе або до нереалістичного «все» або до вакууму зобов'язань «нічого» (англ. – *obligationless vacuum of 'nothing'*). Рішення може бути знайдено у тому, що хоча первинно передбачається повний спектр зобов'язань, існує необхідність *контекстуального аналізу обставин в кожному конкретному випадку* (англ. – *a case-by-case approach*) [10]. Такий висновок підтверджується юриспруденцією ЄСПЛ, зокрема у справі *Ілашку та ін. проти Молдови та РФ (Plascu and Others v. Moldova and Russia, 2004)*.

2.4 Негативний та позитивний аспекти зобов'язань з прав людини окупаційної держави

Отже, якщо застосовність права прав людини в умовах окупації не викликає сумніву, то способи, у яких можливе його застосування («*моделі застосування*») в умовах окупації, а також обсяг зобов'язань стосовно прав людини, їх сутнісні елементи та оцінка, чи мало місце порушення, повинні бути визначені з урахуванням загального контексту та індивідуальних обставин справи. Це може включати в себе питання матеріально-технічної здатності діяти певним чином або законодавчі обмеження, що накладаються на окупаційну владу правом окупації [10]. Обсяг зобов'язань окупаційної держави в галузі прав людини може бути також обмежений через дерогації (*відступ від зобов'язань*). Враховуючи лімітований обсяг статті, лише зазначимо, що дерогації стосовно екстериторіального застосування договорів з прав людини в умовах збройних конфліктів стають предметом окремих досліджень, які доводять їх можливість і припустимість [11].

Фахівці у галузі права окупації висунули кілька пропозицій, спрямованих на обмеження обсягу застосування права прав людини на окупованій території, що призвело до появи «тригранного» тесту (англ. – *a three-faceted test*). Згідно з цим тестом доцільно розрізняти: а) позитивні та негативні зобов'язання з прав людини, б) короткотермінову та тривалу окупацію, а також с) громадянські та політичні права *versus* економічні, соціальні та культурні права [6].

Концепція позитивних і негативних зобов'язань є доречним інструментом для дослідження змістовних елементів зобов'язань у сфері прав людини. Причому виявлення таких зобов'язань не є засобом для розрізнення між групами прав,

адже більшості прав притаманні як позитивні, так і негативні елементи. Ці відмінності можуть бути зрозумілі через застосування «триярдного підходу поважати, захищати і забезпечувати права людини» (англ. – *three-tiered approach of respect, protect, and fulfil*), який застосовується не лише в галузі економічних, соціальних і культурних прав, а є цілком прийнятним і для громадянських і політичних прав. Зобов'язання поважати права людини означає, що окупаційна влада повинна утримуватися від втручання або перешкоджання здійсненню прав людини, крім випадків, коли це дозволено правом окупації. Зобов'язання щодо захисту вимагає від окупаційних сил захистити окремих осіб та групи від порушень прав людини. Зобов'язання щодо забезпечення прав людини вимагає від окупаційної влади вживати позитивних заходів (англ. – *positive measures*) щодо сприяння здійсненню основних прав людини [6].

Представлений вище огляд зобов'язань держави за МГП свідчить, що від окупаційної влади також вимагається вживати позитивних заходів. Отже, з точки зору змісту зобов'язань стосовно прав людини, від держави-окупанта вимагається негативна складова поваги до прав, тоді як позитивні елементи будуть, принаймні, *такими ж, як вимагають вже існуючі зобов'язання за МГП*. При цьому нездатність виконувати позитивні обов'язки в конкретних ситуаціях не заперечує застосовності зобов'язань у галузі прав людини; однак може призвести до висновку, що в ситуації, що склалася, держава зробила все можливе, щоб не порушувати свої зобов'язання [10]. Такий підхід відповідає суті позитивних зобов'язань як «зобов'язань дії», а не «зобов'язань результату».

Відповідно, позитивні елементи захисту і забезпечення прав людини, у свою чергу, залежать від загальних та індивідуальних обставин. Наприклад, не будучи в змозі забезпечувати «еквівалент» повного поліцейського захисту проти злочинних діянь на всій території, іноземні збройні сили не повинні самі брати участь у свавільних актах вбивства або затримання. У тих випадках, коли мілітарні сили мають необхідну спроможність, вони також повинні відповідати й за позитивні елементи – наприклад, вони не можуть стояти осторонь і бути свідками жорстокого злочину, коли вони мають можливість втрутитися і запобігти йому. Адже, за практикою ЄСПЛ, позитивний обов'язок щодо захисту права на життя може проявити себе у різні способи, у тому числі шляхом «позитивного зобов'язання влади вживати превентивних оперативних заходів для захисту особи, чиє життя знаходиться в небезпеці, від злочинних дій іншої особи» (*Osman v. The United Kingdom, 1998*). Це зобов'язує окупаційну державу забезпечити існування правоохоронної системи, здатної захистити права у належний спосіб. У свою чергу, як стверджує Н. Льюбелл, у так званих «місцях несвободи» від окупаційних сил буде вимагатись не лише утримуватися від прямого заподіяння шкоди затриманим, а й дотримуватися всіх позитивних обов'язків, що впливають з права прав людини (наприклад, забезпечити затриманого їжею або захистити його від інших ув'язнених) [10].

Міжнародні експерти погоджуються, що зобов'язання щодо поваги та захисту не викликають серйозних труднощів, однак деякі з них припускають, що зобов'язання щодо забезпечення реалізації прав може спричинити проблеми в умовах окупації, оскільки це вимагатиме надання державі-окупанту широких повноважень («значної ліцензії») на їх реалізацію. Адже зобов'язання щодо забезпечення, які випливають з права прав людини, можуть дозволити окупаційній владі вийти за рамки того, що дозволено здійснювати за правом окупації. Експерти наполягають, що зумовлені зміни повинні бути *абсолютно необхідними* згідно із зобов'язаннями держави-окупанта у сфері прав людини та мають залишатись якомога більш наближеними до місцевих стандартів, а також до місцевих культурних, правових, інституційних та економічних традицій [6]. Разом з тим ці обмеження не є абсолютними, і певні зміни можуть бути не тільки дозволені, але й обов'язкові, якщо вони необхідні для виконання зобов'язання забезпечити або відновити суспільне життя [10; 12]. Зокрема, «продовжена» окупація (англ. – *prolonged occupation*) може вимагати активного втручання у численні сфери задля запобігання економічній, соціальній та правовій стагнації [13; 14; 15]. Тому тривалість окупації також є частиною контексту, в якому мають бути оцінені зобов'язання з прав людини.

2.5 Зобов'язання окупаційної держави стосовно соціально-економічних прав

Це питання є особливо актуальним стосовно забезпечення економічних, соціальних та культурних прав під час окупації. У цій сфері обов'язки окупаційної держави також виходять за межі невтручання й негативних зобов'язань (англ. – *negative/respect obligations*) (зокрема, обов'язку не перешкоджати функціонуванню лікарень і доступу до них) та включають позитивні зобов'язання (*fulfil/positive obligations*). На це прямо вказують положення Четвертої Женевської конвенції (зокрема, статті 55, 56 Конвенції), однак більш докладно обсяг позитивних зобов'язань міститься у праві прав людини, передовсім Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (МПЕСКП).

Обговоривши особливості його застосування під час окупації, експерти підтвердили, що, незважаючи на свою «внутрішню гнучкість», МПЕСКП буде зобов'язувати державу-окупанта негайно забезпечити реалізацію певних основних прав. Адже Пакт розрізняє два нормативних рівні: а) положення, що встановлюють зобов'язання «негайної дії», і б) положення, що встановлюють зобов'язання, які передбачають «прогресивну реалізацію», враховуючи «максимальний обсяг наявних ресурсів» держави. Відповідно, окупаційна держава, зв'язана МПЕСКП, не може посилатися на його «програмний характер», щоб відтермінувати застосування Пакту в цілому на окупованій території [6]. Навіть без вкладання значних ресурсів, прогресивна реалізація соціально-економічних прав не знімає повністю зобов'язання щодо дій: адже від держави вимагаються кроки у напрямі позитивних змін.

Однак наскільки далеко «простягаються» ці позитивні зобов'язання? До прикладу, поряд з вимогами забезпечення надання базових медичних послуг, реалізація права на охорону здоров'я вимагає також державного інвестування в довгострокові стратегії розвитку охорони здоров'я в країні. Проте це не означає, що фінансово розвинута окупаційна держава, яка не може посылатись на брак ресурсів, буде зобов'язана витратити значні ресурси на будівництво нових національних систем охорони здоров'я, освітніх проектів чи систем соціального захисту населення на окупованій території. Через її тимчасову природу, функціонування окупаційної влади на окупованій території істотно відрізняється від обставин, за яких держава діє на національному рівні. Вимога системних реформ могла б спонукати окупаційну державу до прагнення тривалого управління окупованою територією у далекій перспективі.

Отже, зобов'язання окупаційної держави щодо соціально-економічних прав, поряд з негативними обов'язками (обов'язками щодо поваги та неперешкоджання), обмежуються заходами позитивного характеру, необхідними для виконання основних зобов'язань: забезпечення базової санітарії, безпечної води та необхідних ліків, та не включають участь у довгострокових програмах, зокрема інвестування у створення нових медичних закладів [10]. У той же час урахування обставин окупації, які не дають підстав очікувати її «тимчасовості» (зокрема, в умовах «продлонгованої окупації», як у випадку Ізраїлю, який залишається окупаційною державою протягом більше чотирьох десятиліть), може вимагати більш широкого підходу до позитивних обов'язків.

ВИСНОВКИ

Таким чином, за умов окупації, зобов'язання держави стосовно поваги та забезпечення прав місцевого населення містяться як у праві окупації, так і у праві прав людини. Негативну складову зобов'язань у сфері прав людини (зобов'язання щодо поваги) має бути за будь-яких умов дотримано, і тому окупаційній державі забороняється діяти у спосіб, що не поважає права населення. Позитивні елементи захисту і забезпечення прав людини, у свою чергу, залежать від контексту (зокрема, вони в повному обсязі мають виконуватись у «місцях несвободи» на окупованих територіях). Окупаційна держава також має забезпечити функціонування правоохоронної системи, здатної відновити і забезпечити громадський порядок і безпеку, дотримуючись існуючих у країні законів, за виключенням, коли це абсолютно неможливо.

Зважаючи на «тимчасовий характер» окупації, зобов'язання окупаційної держави щодо соціально-економічних прав, поряд із негативними обов'язками, обмежуються позитивними заходами, необхідними для виконання основних зобов'язань за МГП, таких як забезпечення базової санітарії, безпечної води та необхідних ліків, та не включають участь у довгострокових програмах. Однак, якщо обставини окупації не дають підстав очікувати її «тимчасовості» (зокрема,

у випадку «пролонгованої окупації»), вона може набути рис «трансформаційної окупації», в межах якої відбуваються активні правові та соціально-економічні перетворення.

Застосування права прав людини до ситуації окупації забезпечує особам, які опинилися на тимчасово окупованих територіях, додаткові інструменти, яких не пропонує МГП, передусім, можливість звернутися до міжнародного механізму захисту прав людини, зокрема до ЄСПЛ. У зв'язку з цим постає важливе питання про вичерпання національних засобів правового захисту перед зверненням до ЄСПЛ, що потребує самостійного дослідження, поряд із питанням відповідальності держави та дії парамілітарних угруповань, умов застосування «правоохоронної» парадигми чи парадигми «ведення бойових дій» до випадків застосування летальної сили та іншими перспективними напрямками наукових розвідок. Тут лише зазначимо, що обмежений характер статті не дозволив докладно зупинитися на позитивних зобов'язаннях держави, частина території якої окупована, адже така держава не втрачає повністю свою юрисдикцію на непідконтрольній території та має всіма доступними засобами сприяти забезпеченню та захисту прав своїх громадян, які опинилися на тимчасово непідконтрольній території. Адже, як, зазначається у Преамбулі до Гаазької конвенції, благополуччя населення окупованих територій має бути основним предметом занепокоєння тих, хто бере участь у конфлікті.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Venice Commission Opinion on the Law on Occupied Territories of Georgia CDL-AD(2009)015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)015-e).
- [2] Полтавець С. Окупація земель суверенної держави: уроки політичної історії [Електронний ресурс] / С. Полтавець ; Центр досліджень соціальних комунікацій Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського. – Режим доступу: http://nbuviar.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=972:okupatsiyazemel-suverennoji-derzhavi&catid=8&Itemid=350.
- [3] Кампанелли Д. Право военной оккупации через призму права прав человека / Д. Кампанелли // Международный журнал красного креста. – 2008. – Т. 90. – С. 237–258.
- [4] Тимченко Л. Д. Міжнародне право / Л. Д. Тимченко, В. П. Кононенко. – Київ : Знання, 2012. – 631 с.
- [5] Arai-Takahashi Y. The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction with International Human Rights Law / Y. Arai-Takahashi. – Leiden, Boston : Martinus Nijhoff Publisher, 2009.
- [6] Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf>.
- [7] Pictet J. Development and Principles of International Humanitarian Law / J. Pictet. – Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1985. – 99 p.

- [8] Occupation and international humanitarian law: questions and answers. – 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/634kfc.htm>.
- [9] Ferraro T. Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law / T. Ferraro // *International Review of the Red Cross*. – 2012. – Vol. 885. – No 94. – P. 133–163.
- [10] Lubell N. Human rights obligations in military occupation / N. Lubell // *International Review of the Red Cross*. – 2012 – Vol. 885 – No 94. – P. 317–337.
- [11] Milanovic M. Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict. – 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=2447183>.
- [12] Tzouvala N. New Approaches to International Law: The History of a Project / N. Tzouvala // *The European Journal of International Law*. – 2016. – Vol. 27. – No 1. – P. 215–233.
- [13] Lubell N. Human rights obligations in military occupation / N. Lubell // *International Review of the Red Cross*. – 2012. – Vol. 94. – No 885. – P. 317–337.
- [14] Parlevliet M. Human Rights and Peacebuilding: Complementary and Contradictory, Complex and Contingent / M. Parlevliet // *Journal of Human Rights Practice*. – 2017. – Vol. 9. – No 3. – P. 333–357.
- [15] Ahmed T. The European Union and Human Rights: An International Law Perspective / T. Ahmed, I. de Jesús Butler // *The European Journal of International Law*. – 2006. – Vol. 17. – No 4. – P. 771–801.

REFERENCES

- [1] *Venice Commission Opinion on the Law on Occupied Territories of Georgia*. (2009, March) *CDL-AD(2009)015*. Retrieved from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)015-e)
- [2] Poltavets, S. Occupation of the lands of a sovereign state: lessons of political history: Center for Social Communications Research of the National Library of Ukraine named after V.I. Vernadsky. Retrieved from http://nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=972:okupatsiya-zemel-suverennoji-derzhavi&catid=8&Itemid=350
- [3] Campanelli, D. (2008). The right to military occupation through the prism of human rights. *International Review of Red Cross*, 90(871), 237–258.
- [4] Timchenko, L. D. & Kononenko, V. P. (2012). *International law*. Kyiv: Znannya.
- [5] Arai-Takahashi, Y. (2009). *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction with International Human Rights Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publisher.
- [6] Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory. Retrieved from <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf>
- [7] Pictet, J. (1985). *Development and principles of international humanitarian law*. Dordrecht: Martin Nijhoff Publishers.
- [8] Occupation and international humanitarian law: questions and answers (2004). Retrieved from <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/634kfc.htm>
- [9] Ferraro, T. (2012). Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 885(94), 133–163.
- [10] Lubell, N. (2012). Human rights obligations in military occupation. *International Review of the Red Cross*, 885(94), 317–337.
- [11] Milanovic, M. (2014). *Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict*. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=2447183>

- [12] Tzouvala, N. (2016). New Approaches to International Law: The History of a Project. *The European Journal of International Law*, 27(1), 215–233.
- [13] Lubell, N. (2012). Human rights obligations in military occupation. *International Review of the Red Cross*, 94(885), 317–337.
- [14] Parlevliet, M. (2017). Human Rights and Peacebuilding: Complementary and Contradictory, Complex and Contingent. *Journal of Human Rights Practice*, 9(3), 333–357.
- [15] Ahmed, T., de Jesús Butler, I. (2006). The European Union and Human Rights: An International Law Perspective. *European Journal of International Law*, 17(4), 771–801.

Ганна Олександрівна Хрystова

Кандидат юридичних наук, доцент

Кафедра теорії держави і права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, Пушкінська, 77, Харків, Україна

Анна Александровна Хрystова

Кандидат юридических наук, доцент

Кафедра теории государства и права

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

61024, Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Ganna O. Khrystova

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor

Department of State and Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77, Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Хрystова А. О. Зобов'язання держави у сфері прав людини в умовах окупації / А. О. Хрystова // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 204–218.

Suggested Citation: Khrystova, G. O. (2018). Human rights obligations of a state in situation of occupation. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 204–218.

Стаття надійшла / Submitted: 11/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 21/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 03/03/2018

ПРИВАТНОПРАВОВИЙ ПРИМУС В ЦИВІЛЬНИХ ОХОРОННИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Анотація. *Різноманітність точок зору щодо допустимості, сфери, умов та порядку застосування приватноправового примусу виділяє дану тему серед інших та сприяє її актуальності. Основна мета роботи полягає в аналізі протиправного примусу в цивільних охоронних правовідносинах. Використовуючи теоретичні методи, автором встановлено, що правовий примус поділяється на державний та недержавний (приватний). Кримінальні дії несуть більшу загрозу суб'єкту, порівняно з протиправними. Встановлено, що приватний примус переважає над державним, хоча одним із основних недоліків є збільшення самоуправління. Встановлено, що приватноправовий примус подібний до самозахисту з позиції реакції особи на протиправну поведінку відносно неї або інших осіб. Виходячи з цього, самозахист є частиною приватного примусу в цивільних правовідносинах, однак неможливо прирівнювати примус до самозахисту.*

Ключові слова: учасник цивільних відносин, превентивний вплив, протиправна поведінка, юрисдикційні функції, протиправні дії.

ЧАСТНОПРАВОВОЕ ПРИНУЖДЕНИЕ В ГРАЖДАНСКИХ ОХРАНИТЕЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Аннотация. *Разнообразность точек зрения относительно допустимости, сферы, условий и порядка применения частноправового принуждения выделяет данную тему среди других и способствует ее актуальности. Основная цель работы заключается в анализе противоправного принуждения в гражданских охранительных правоотношениях. Используя теоретические методы, автором установлено, что правовое принуждение делится на государственное и негосударственное (частное). Криминальные действия несут большую угрозу субъекту, по сравнению с противоправными. Установлено, что частное принуждение преобладает над государственным, хотя одним из основных недостатков является увеличение самоуправления. Установлено, что частноправовое принуждение подобно самозащите с позиции реакции человека на противоправное поведение относительно него или других лиц. Исходя из этого, самозащита является частью частного принуждения в гражданских правоотношениях. Однако невозможно приравнять принуждение к самозащите.*

Ключевые слова: участник гражданских отношений, превентивное воздействие, противоправное поведение, юрисдикционные функции, противоправные действия.

Vitaliy L. Yarotskiy

Department of Civil Law No. 2
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

PRIVATE LEGAL ENFORCEMENT IN CIVIL PROTECTIVE LEGAL RELATIONS

Abstract. *The diversity of points of view regarding admissibility, sphere, conditions and procedure for the use of private legal enforcement distinguishes this topic among others and contributes to its relevance. The main purpose of the work is to analyze the unlawful enforcement in civil protective relations. Using theoretical methods, the authors established that legal enforcement is divided into state and non-state (private). Criminal actions pose a greater threat to the subject, compared to unlawful actions. It has been established that private enforcement dominates over the state one. Although one of the main drawbacks is the increase of self-governance. It has also been established that private legal enforcement is similar to self-defense from a position of the person's reaction to an unlawful conduct in relation to themselves or other persons. As a result, self-defense is part of private enforcement in civil legal relations, but it is impossible to equate enforcement to self-defense.*

Keywords: participant of civil relations, preventive impact, unlawful conduct, jurisdictional functions, unlawful actions.

ВСТУП

Винесенню на рівень масштабної наукової дискусії питання щодо можливості використання учасниками цивільних правовідносин засобів правового примусу передувало обговоренню в юридичній літературі другої половини XIX ст. концепції самозахисту цивільних прав. З того часу інтерес до даного питання, з певною періодичністю, зростав та знижувався. Його розгляд здійснювався правниками різних галузей права. Після тривалої еволюції розгляду в наукових джерелах і закріплення в положеннях законодавства різних країн, це питання остаточно не вирішене, тому зберегло науковий та практичний інтерес та є актуальним у вітчизняній правовій доктрині. У нашій країні цей інтерес постійно підігривається реальними соціально-політичними умовами, які характеризуються подальшим формуванням в Україні громадянського суспільства, що окреслює потребу в розширенні існуючих механізмів забезпечення самоорганізаційних заasad у правовому регулюванні відносин приватної сфери. Разом з тим варто зазначити, що державою вчиняються досить обережні кроки щодо звуження своєї монополії на застосування примусу. Підтвердженням цього може слугувати існуючий підхід до визначення порядку реалізації самозахисту цивільних прав та законних інтересів учасників майнового обороту, адже це питання досить слабо

врегульоване положеннями чинного цивільного законодавства України. Йому присвячена лише одна правова норма – ст. 19 Цивільного кодексу України [1]. Така обережність держави в унормуванні питання самозахисту цивільних прав та інтересів, а також відсутність комплексного законодавчого підходу до вирішення розглядуваної проблеми в цілому обумовила дискусію щодо доцільності наділення приватних осіб можливостями виконання рішень, винесених судовими органами в приватноправових спорах, та визначення їх повноважень щодо застосування приватноправового примусу [2].

До недавнього часу в юридичній літературі примус розглядався як виключна прерогатива держави, що реалізовувалась при використанні юрисдикційних способів захисту цивільних прав учасників майнового обороту в межах судових чи адміністративних процедур [3; 4]. Необхідність включення цього питання в предмет цивілістичних досліджень пов'язується не лише з науковим інтересом до них, а й з його цінністю для практики правозастосування та подальшої нормопроектувальної роботи суб'єктів нормотворчості. Тому дане питання є цікавим та актуальним для теоретичної та практичної сфери права.

У межах дискусії неодноразово висловлювались певні побоювання щодо готовності суспільства до застосування примусу безпосередньо, а не через спеціальних суб'єктів. Також чи здатні учасники цивільних правовідносин точно оцінити відповідну суспільну ситуацію і обрати правильні правові засоби використання примусу? Всі ці питання і призвели до проблем при визначенні можливості наділення учасників майнового обороту правом на використання примусу.

В цілому держава дуже обережно і поступово підходить до звуження свого одноосібного права на використання примусових заходів. Відповідний підхід можливо побачити в послідовності закріплення права на самозахист у положеннях вітчизняного законодавства. Цей правовий засіб захисту досить тривалий час закріплений на рівні положень кримінального закону [3]. Це обумовлено тим, що кримінально карані дії несуть набагато більшу загрозу суб'єкту, ніж дії приватноправового характеру, у зв'язку з чим потерпілі особи повинні мати змогу використовувати правові засоби протидії незаконним діям правопорушників. Встановлено, що різниця між приватним і публічним правом, що простежувалась у характері врегульовуваних відносин, а також у спрямованості відповідних норм, обумовлювана необхідністю наділення осіб правом на самозахист не лише від кримінально караних дій, а й від інших дій протиправного характеру. Воно обґрунтовується необхідністю створення умов, за яких суб'єкт самозахисту не перетворюється на правопорушника при справедливому здійсненні права на самозахист. Якщо ж відповідної норми не існує в положеннях цивільного законодавства, то порушник, який зазнав протидії, мав би змогу звернутись до особи, яка здійснила протидію, з вимогою відшкодування понесеної шкоди¹.

¹ У правовій реальності досить часто юридичний факт спричиняє міжгалузеві наслідки. Наприклад, завдання шкоди водієм автотранспорту пішоходу, який порушив правила дорожнього руху.

У зв'язку з цим самозахист суб'єктивних прав, що складають зміст відносин, врегульованих одразу кількома галузями вітчизняного права, слід вважати комплексним правовим засобом. Саме тому в положеннях кримінального, адміністративного та цивільного права необхідна оборона та крайня необхідність, яка виступає загальновизнаними правовими засобами протидії, що стосуються посягання на життя, здоров'я та власність і визнаються обставинами, що виключають відповідальність особи, яка їх застосувала [4; 5].

Тим не менше, розвиток суспільства, економіки та технологій обумовлює потребу в більш широкому погляді на можливість наділення учасників цивільних правовідносин правом на застосування примусу для забезпечення своїх прав та законних інтересів. Ці права не обмежуються необхідною обороною та крайньою необхідністю.

1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

Як зазначав Г. Дергбург, у значній кількості випадків приватні права здійснюються добровільно та безперешкодно, але нерідко вони нашкоджуються на протидію, яку необхідно подолати [6]. Таке подолання відбувається визначеними законом правовими засобами в межах охоронних правовідносин. Крім того, правознавці, які досліджують природу державного примусу, визнають, що це не єдина форма його існування. Специфікою приватних правовідносин є те, що примус у них має як державний, так і недержавний характер.

Ще в кінці XIX ст. навіть серед пандектистів не існувало єдиної думки щодо можливості та необхідності наділення учасників приватних правовідносин правом на використання примусу. Тим не менше, це питання жваво обговорювалося і вже на початку XX ст. стосовно нього було сформовано цілком обґрунтовані висновки та наукові положення.

Одним із вчених, які відверто заперечували можливість наділення учасників цивільних правовідносин правом на застосування примусу, зокрема у вигляді реакції на протиправні дії інших осіб (самозахист), став Б. Віндшейд. Використання вченим методів критичного аналізу привело до формування такої позиції: потерпілий чи особа, яка вважає, що вона є потерпілою, повинна звертатись по допомогу до держави; вона не вправі вдаватись до самодопомоги. Вчений вважав, що самозахист суперечить сутності державного порядку, оскільки наражає слабкішого на дію омани та злої волі більш сильного. Тому самозахист, як такий, не дозволений. Крім того, самозахист пов'язується з самовладою, протиправним примусом та насильством. Однак ця позиція не знайшла повної підтримки в на-

У рамках адміністративно-правових відносин порушення, вчинене пішоходом, при дотриманні правил дорожнього руху водієм може бути підставою для звільнення останнього від адміністративної відповідальності. Однак у цивільно-правовому ключі на водія як власника джерела підвищеної небезпеки може покладатись обов'язок з відшкодування завданої пішоходу шкоди (ст. 1187 ЦК України). Так само різні міжгалузеві наслідки може спричинити і застосування самозахисту [1].

уковому середовищі, зокрема, і серед вчених – співвітчизників Б. Віндшейда. Це питання стало предметом розгляду Г. Дербурга, який визначав самозахист найшвидшим і рішучим засобом протидії неправомірним діям, однак визнавав, що держава повинна помістити його в найтісніші рамки, оскільки при здійсненні самозахисту обидві сторони легко можуть порушити його межі і, прикриваючись самозахистом, дійти до свавілля та насильства. Вчений висловлював думку, що обмежити самозахист можна тільки шляхом публічних та приватних покарань (Dernburg, 1892). У свою чергу вже на початку ХХ ст. Л. Еннексерус, Т. Кіпп та М. Вольф, провівши глибокий аналіз цього питання з використанням методів аналізу та синтезу, а також групування та класифікації, запропонували поділяти правові засоби самозахисту на необхідну оборону, крайню необхідність та самодопомогу (Еннексерус, Кіпп, Вольф, 1931). Це дозволило розвинути наукові уявлення про форми використання приватного примусу в охоронних правовідносинах.

В сучасній юридичній літературі примус розглядається як правомірний або протиправний індивідуальний та (або) соціальний (державний та недержавний) тиск на волю особи з метою зобов'язання її до здійснення певних дій чи зaborони їх вчинення [5]. Державний примус розглядається як метод впливу держави на свідомість і поведінку юридично зобов'язаних суб'єктів, що здійснюється з метою забезпечення реалізації права, попередження правопорушень, покарання та виправлення правопорушників, поновлення порушених прав тощо. Такий вид примусу є правовим впливом, що здійснюється від імені держави її органами та посадовими особами по відношенню до суб'єктів права шляхом винесення спеціального правозастосовного акта та його виконання з метою забезпечення належної поведінки суб'єктів у частині виконання ними своїх юридичних обов'язків [4].

Для правомірності застосування примусу необхідна наявність певних обставин та умов, визначених на рівні закону. При цьому для використання примусу учасникам цивільних правовідносин не завжди потрібен акт правозастосування. Хоча в окремих випадках його наявність може бути обов'язковою умовою застосування примусу, наприклад, рішення суду про визнання права власності за певною особою на спірне майно відкриває для власника можливість використання примусу для захисту своїх прав.

2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Примус залишається переважно науковою категорією. Тим не менше, ця обставина сприяє активній розробці юридичною наукою правового феномену. При цьому використовуються ефективні методи наукового пізнання, що призводить до розширення уявлень про правову природу. Для дослідження використовувалися методи систематизації, наукового обґрунтування, порівняння, аналізу, кон-

кретизації. Проаналізувавши літературні джерела, встановлено, що дане питання почало обговорюватись переважно в контексті розгляду охоронних правовідносин і сьогодні природа приватного правового примусу розкривається саме в цьому аспекті, зокрема в контексті захисту суб'єктивних прав [7; 8].

За допомогою використаних методів автором були представлені суттєві положення та розкриті закономірності. Виділено основні підходи та положення, на яких базується приватноправовий примус. Наукові методи дозволили інтегрувати, синтезувати проаналізовану інформацію; виявити найважливіше; оцінити досліджуваний об'єкт з різних сторін. Автором було конкретизовано, що поняття «приватний примус» відтворює позитивні моделі, які регулюють відносини, та є предметом цивільного права і відповідно до цього відповідає сучасним реаліям правового регулювання.

Автором обґрунтовано розмежування правового примусу в цивільному праві, як поняття, що охоплює застосування примусу державного та недержавного (приватного) характеру, а також власне приватноправового примусу. Проаналізовано, що в літературі приватноправовий примус розглядають таким, що застосовується на підставах, в межах та порядку, встановленому цивільним законодавством, справляє цілеспрямованому впливу на особу, яку примушують. При цьому виражається в моральних, організаційно-майнових чи майнових обмеженнях його суб'єктивних прав та спрямований на припинення загрози порушення права, захист уже порушених прав чи забезпечення публічних інтересів [9].

Безумовно, практична орієнтація цивільного права як галузі вимагає використання при дослідженні приватного правового примусу формально-догматичного та герменевтичного методів наукового пізнання. Однак, зважаючи на те, як держава в небагатьох існуючих нормативних положеннях чинного цивільного законодавства України обережно підходить до розширення можливостей суб'єктів права самостійно використовувати правовий примус, а також беручи до уваги ту обставину, що самооборона була чи не першою формою захисту прав людини, встановлено, що приватний правовий примус практично неможливо розглядати у відокремленні від природно-правової концепції прав людини та інструментального значення об'єктивного цивільного права.

3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ДИСКУСІЯ

3.1 Правова природа приватноправового примусу в цивільних правовідносинах

Позиція, відповідно до якої примус застосовується виключно в охоронних цивільних правовідносинах, в цілому є виправданою, оскільки в охоронних правовідносинах особа може забезпечити свій інтерес поза волею іншої особи і проти неї в результаті застосування до такої особи заходів примусу [9]. Як відомо, захист є примусовим способом здійснення права, що було порушене [3] або щодо якого існує реальна загроза порушення.

Відомі у юриспруденції наукові погляди стосовно правового примусу не дають змогу встановити чіткі його критерії. Зокрема, недостатньо дослідженим є питання щодо того, чи полягає примус виключно у впливі на порушника чи потенційного порушника з метою забезпечення здійснення ним належної законної поведінки (об'єктивний прояв), або ж це результативний прояв впливу, що забезпечує досягнення конкретної мети, тобто забезпечує відмову особи від вчинення протиправних дій. Відповідь на це питання відкриває можливість розкрити природу таких дій, як добровільне виконання обов'язку, а також зрозуміти охоронний характер впливу права на учасників правовідносин.

Як зазначив з цього приводу О. М. Шевчук, дотримання як загальноконцептуальних, так і галузевих принципів рівною мірою забезпечується можливістю застосування засобів державного примусу, передбачених охоронними галузями права, а також нормами відповідної матеріальної та процесуальної галузей. З цього приводу в літературі також зазначено, що охоронне право може бути реалізоване як у примусовому, так і добровільному порядку [7; 10]. Звідси слідує, що виконання обов'язків здійснюється добровільно або під загрозою примусу, а тому добровільне виконання не пов'язується з його застосуванням. Крім того, можливість застосування до порушника певних санкцій є лише запобіжним засобом [11]. Реалізація примусового потенціалу може виявитись необов'язковою, якщо правові приписи реалізуються в повному обсязі та вчасно [7].

Стосовно суб'єктивного елементу результату застосування примусу в контексті його державної форми в літературі відзначається, що сутність такого примусу полягає у тому, що він здійснюється незалежно від волі та бажання суб'єкта права. В той же час у деяких випадках добровільне виконання обов'язків суб'єктом права виключає можливість застосування до нього примусу [4]. На цій підставі в літературі існують висловлювання пропозиції щодо розмежування активних та пасивних охоронних правовідносин, за яким активні передбачають обов'язок вчинення порушником певних дій, а пасивні – утримання від їх вчинення [12]. У такому випадку прикладом активних охоронних правовідносин можна вважати випадок, коли на порушника покладається обов'язок у відновленні порушених прав, наприклад, шляхом відшкодування завданих збитків. Прикладом пасивних охоронних правовідносин може бути правовідношення, в якому на порушника покладається обов'язок припинити дії, що становлять порушення, наприклад, припинити спорудження об'єкта, що порушує права інших осіб, якщо початком такого спорудження ще не було завдано збитків, які потребують відшкодування. Досить часто ми можемо бачити, коли мешканці певного району міста створюють перепони у здійсненні незаконного будівництва, що порушує їх права. Це один із прикладів приватного примусу.

Здійснення примусового впливу незалежно від волі суб'єкта, щодо якого він застосовується, слід розглядати як родову ознаку як державного, так і приватно-

го примусу. В той же час передбачено, що такий вплив може бути визнаний примусом у випадках, коли він адресно спрямований на забезпечення протидії діям конкретного суб'єкта чи кількох суб'єктів, в діях яких є ознаки правопорушення. Саме на цій підставі можна розмежувати правовий примус та превентивний охоронний вплив норм права, що обумовлюють дотримання учасниками цивільних правовідносин визначеної правовими нормами моделі поведінки. З огляду на це, охорона кожного суб'єктивного права, яка існує постійно та має на меті забезпечення існування права і недопущення його порушення [13] не є правовим засобом примусу, хоча і може здійснювати превентивний вплив на учасників цивільних правовідносин. Охорона містить примусовий потенціал, однак у широкому розумінні не здійснює примус.

Ураховуючи наведене, в контексті охоронних цивільних правовідносин приватний правовий примус необхідно розглядати як індивідуальний адресний вплив суб'єкта цивільного права на іншу особу (осіб), спрямований на недопущення вчинення правопорушення, при реальній загрозі його вчинення, припинення правопорушення, що розпочалось, або на ліквідацію наслідків правопорушення, який здійснюється таким суб'єктом самостійно, без допомоги органів державної влади та місцевого самоврядування. У зв'язку з цим, за правовими наслідками застосування, приватноправовий примус може бути як результативним, так і нерезультативним. Результативним примус можна визнати у випадках, коли в результаті його застосування має місце відмова особи від вчинення протиправної дії, або добровільне виконання правопорушником своїх зобов'язань, або здійснення ним дій, спрямованих на відновлення порушеного ним суб'єктивного цивільного права іншої особи. Відповідно, нерезультативним примус визнається у випадках, коли його застосування не привело до настання наведених вище чи інших позитивних правових наслідків.

Положення чинного цивільного законодавства України свідчать про те, що законодавець традиційно надає перевагу державному правовому примусу в охоронних цивільних правовідносинах. В основному акті цивільного законодавства України термін «примус» використовується переважно для позначення юридичних механізмів, що передбачають використання саме такого виду примусу, зокрема: «юридична особа може бути створена шляхом примусового поділу (виділу) у випадках, встановлених законом» (ч. 4 ст. 81 ЦК України); «призначення за рішенням суду примусової реорганізації юридичної особи – учасника товариства, зокрема у зв'язку з її неплатоспроможністю» (п. 4 ч. 1 ст. 129 ЦК України); «примусове відчуження об'єктів права власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом» (ч. 3 ст. 321 ЦК України), «якщо після припинення договору користувач не повертає річ, позичкодавець має право вимагати її примусового повернення, а також відшкодування завданих збитків» (ст. 836 ЦК України) тощо [1].

3.2 Характерні ознаки приватноправового примусу

Реалізація відповідного підходу щодо наділення учасників цивільних правовідносин правом використання правового примусу привела до того, що окремі правники розмежовують державно-правовий та приватноправовий примус, зокрема на підставі критерію поширеності застосування, за яким сфера застосування державного примусу визнається як значно ширша, ніж сфера застосування приватного примусу [5]. В той же час ця позиція знаходить і опонентів, які висловлюють сумніви щодо виправданості такого критерію і пропонують поділяти примус на «державний» та «приватний, однак санкціонований державою», які можуть бути об'єднані в узагальненому понятті «правовий (юридичний) примус» [14].

Встановлено, що термін «приватний примус, санкціонований державою» в цілому відображає існуючий позитивний підхід до регулювання відносин, що становлять предмет цивільного права, а тому в цілому відповідає сучасним реаліям такого правового регулювання. В той же час питання монополії держави на застосування примусу пов'язано з ризиками етатизації права. Автор погоджується з Б. В. Малишевим стосовно того, що запобігання зловживанням державою своїми повноваженнями слід здійснювати шляхом обмеження правотворчої діяльності правами людини, а не зменшувати її роль у примусовому забезпеченні права [15]. Однак потрібно звертати увагу на те, що на перших етапах становлення правової культури людства самозахист прав виражався, як зазначав Ю. С. Гамбаров, в самообороні та самоуправстві та часто виявлявся у відбитті чужих нападів та власних нападах на інших осіб та їх майно відповідно [16]. Крім того, занадто часте та монопольне використання державою примусу є симптомом хворобливого стану як правової системи, так і суспільства в цілому. Така обставина призводить до того, що право вступає в конфронтацію з іншими регуляторами, зокрема мораллю [8]. Якщо право не відповідає моралі, то виникають ризикові ситуації для стабільності правопорядку. Тому заборона державою права особи на використання приватного правового примусу в разі протиправних посягань проти такої особи в поєднанні з неефективним використанням державою своїх функцій з охорони правопорядку може призвести до серйозного суспільного конфлікту. З іншого боку, при високому рівні розвитку суспільства, правової культури та правової свідомості приватний примус може і повинен реалізовуватись у тандемі з державним і, крім того, вивільнити в державі великий обсяг матеріальних та організаційних ресурсів, які можна направити в інше русло, зокрема для підвищення ефективності роботи правоохоронних органів [17; 18].

Як одна з визначальних ознак приватноправового примусу в літературі розглядається його застосування суб'єктом, який є стороною (учасником) тих відносин, з яких випливає суперечка, в той час як суб'єкт застосування державного примусу учасником таких відносин не є [19]. Визнання як правових засобів

приватного примусу заборони розмови з боржником або відмови особою від зобов'язання у зв'язку з його порушенням контрагентом призведе до того, що ми будемо вимушені погодитись з наявністю у відповідних суб'єктів права використати ці правові засоби в приватних правовідносинах, в яких вони беруть участь, якщо їх права порушені.

В той же час слід зважати на те, що в окремих випадках приватний примус, наприклад при необхідній обороні, може застосовуватись третьою особою, яка захищає життя, здоров'я чи майно потерпілого. У безпосередніх правовідносинах з порушником, з яких випливає суперечка, ця особа може і не перебувати.

З огляду на наведене, при розмежуванні державного і приватного правового примусу в контексті наведених суб'єктів владних повноважень необхідно вести мову про його застосування за межами юрисдикційних функцій, які передбачають здійснення захисту прав та законних інтересів інших осіб, а тому і забезпечення правопорядку. У такому випадку державний орган (його посадова особа) або орган місцевого самоврядування є суб'єктом застосування приватного примусу, якщо він застосовується в приватних правовідносинах, учасником, який не наділений юрисдикційними функціями захисту, або хоча й наділений, однак здійснює захист поза ними.

Також як ознака приватного примусу розглядається те, що порядок його застосування визначається в законі приблизно, в той час як процедура реалізації державного примусу визначена чітко [17; 7]. Насправді, автор вважає, що такий підхід до врегулювання порядку реалізації приватного примусу є проявом занадто обережного ставлення законодавця до наділення учасників цивільних правовідносин. Такий підхід до правового регулювання, що використовується учасниками приватних правовідносин правового примусу, пов'язують з цілком конкретними ризиками. Крім того, не можна не враховувати і те, що серед учасників приватних правовідносин існують професіонали високого рівня, які можуть перевершити в реалізації положень чинного цивільного законодавства України, в тому числі й суб'єктам правозастосування. Йдеться про юристів та юридичні фірми, які відстоюють інтереси учасників цивільних правовідносин, у тому числі юридичних осіб, і мають всі необхідні знання та навички для правильної оцінки правомірності здійснюваного ними правового примусу для того, щоб не змінити статус з потерпілих на правопорушників. Тим більше, що кваліфікацію їх дій може здійснювати суд у випадку оскарження. Тому вони не зацікавлені в допущенні правопорушень.

Саме тому держава повинна на рівні положень чинного цивільного законодавства України закріпити як чіткі умови, що визначають межі реалізації приватного примусу, зокрема при реалізації способів самозахисту, так і взагалі визначити, які саме засоби впливу слід відносити до самозахисту. Учасники цивільних правовідносин повинні мати чіткі й зрозумілі нормативні орієнтири стосовно тих

правових засобів впливу, які вони можуть використовувати для захисту своїх прав. Повинні існувати чіткі положення, які можна правильно та однозначно тлумачити (використовувати) на практиці. Тим більше, що існує потужна наукова база у вигляді дисертацій з дослідження відповідної проблематики для проведення нормотворчої діяльності. У чинному ЦК України практично закріплено лише три статті, присвячені суто самозахисту: 19, 1169 та 1171. Саме такий вузький підхід створює явну загрозу для побутового тлумачення цих положень учасниками цивільних правовідносин, а тому і вчинення самоуправних дій у результаті неправильного його здійснення. Це ж може стати і підставою для спекулятивного підходу, коли самозахист буде взагалі заборонений або ще більше обмежений в силу того, що учасники приватних правовідносин не можуть його правильно застосувати [1].

Ураховуючи наведене, вбачається, що основним критерієм розмежування публічно-правового та приватноправового примусу є не лише особа суб'єкта, а й порядок та межі його застосування. Державний примус здійснюється компетентними державними органами (їх посадовими особами) або органами місцевого самоврядування в межах наявних у них юрисдикційних функцій щодо захисту прав та законних інтересів осіб та забезпечення правопорядку. Приватноправовий примус здійснюється учасниками цивільних правовідносин, які не наділені відповідними юрисдикційними функціями або хоча б і наділені ними, однак поза такими функціями.

3.3 Форми реалізації приватноправового примусу в цивільних правовідносинах

В сучасній юридичній літературі виокремлюються такі види: фізичний, майновий, соціальний [15], психологічний примус [11] тощо. Вбачається, що ці види примусу не є взаємовиключними, а різниця між ними полягає в характері впливу, що здійснюється на суб'єкта. Крім того, ці види примусу можуть у дозволених межах застосуватись як органами державної влади чи місцевого самоврядування, так і учасниками цивільних правовідносин.

Поряд із цим у контексті поширеної в цивілістиці термінології слід вести мову про примус, що здійснюється фізичними (фактичними) діями, та примус, що здійснюється шляхом вчинення юридичних дій.

Тривалий час в літературі примус розглядався як фізичний (фактичний) вплив, що має правову форму. Проте в умовах сучасного рівня правового регулювання суспільних відносин зводити правовий примус виключно до таких дій варто визнати невиправданим. Його можливо досягти не лише фізичними діями. Іноді фізичні дії не здатні досягти переломлення волі особи, хоча і можуть допомогти отримати бажану поведінку особи, яка не відповідає повністю її волі. Тому переконання може здійснювати сильніший вплив на порушника, ніж фактичні дії. Особливо ефективним є комбінований підхід [20; 21].

У цьому і полягає різниця між державним та приватним примусом в сучасній дозвільній формі їх використання. Крайні прояви приватного примусу, які включають необхідну оборону та крайню необхідність, можуть ефективно досягти поставленої мети за наявності у потерпілої особи або третьої особи, яка застосовує примус, необхідних засобів і можливостей. Використання фактичних засобів може мінімізувати або виключити негативні наслідки дій порушника навіть поза його волею, застосовуючи фізичний вплив. У той же час більш м'які форми прояву, зокрема переконання, характеризуються тривалою дією на особу, спрямованою на переосмислення певного фрагменту правової реальності, усвідомлення свого більш вразливого положення, а тому і спонукання порушника до відмови від порушення, його припинення або ліквідації наслідків його вчинення. Якщо форми фактичного впливу потерпілим на порушника досить обмежені як у видовому, так і часовому вимірах, то державний примус забезпечується фактичним впливом, тобто на всіх стадіях розвитку правовідносин і відповідних протиправних дій. Важливо зазначити, що кожен вид примусу застосовується як реакція на певний вид протиправної поведінки. Як правило, фізичні примусові засоби відповідають протиправним проявам, що мають фізичний характер, у той час як засоби юридичного впливу – проявам, що мають юридичний характер. Як відомо, конфіскація майна, як примусовий захід, може застосовуватися і за протиправні дії юридичного характеру, наприклад, ухилення від сплати податків, шахрайство, інсайдерські операції на біржах тощо. Тому з наведеного загального правила можуть існувати винятки [22; 23].

Застосування примусу виключно в охоронних правовідносинах є цілком виправданим з наведених вище позицій. З цього випливає, що приватноправовий примус практично отожднюється із самозахистом як реакцією особи на протиправну поведінку відносно неї або інших осіб. У той же час, звертаючи увагу на можливі правові моделі регулювання суспільних відносин, не варто виключати того, що закон може дозволити широке використання примусу в приватних правовідносинах поза охоронним їх видом. Реальними передумовами для цього є ринкові засоби впливу на учасників майнових правовідносин. Зокрема, факт порушення особою зобов'язання може стати засобом впливу на нього з боку контрагента і в цьому випадку контрагент може переслідувати зовсім не охоронні цілі. Такий підхід тісно пов'язаний зі зловживанням суб'єктивними правами. Крім того, в порядку виключення, іноді й державний примус використовується за межами охоронних правовідносин в традиційному їх розумінні, наприклад, при реквізиції та примусовому відчуженні речей. З огляду на наведене, самозахист є чи не єдиною формою приватного примусу в цивільних правовідносинах, однак отожднювати примус із самозахистом не потрібно.

Крім того, правники розмежовують самозахист як примусові цивільно-правові засоби фактичного характеру та інші правові засоби впливу, наприклад, оперативного характеру (відмова від прийняття простроченого виконання) [10],

цивільно-правовий контроль, претензійні дії [9] тощо. Дане твердження пояснюється поширеним у літературі підходом. Наприклад, Ю. С. Гамбаров в кінці XIX ст. в контексті способів приватного захисту розмежовував самооборону та право притримання (тогочасна російська термінологія: «право задержания») «*ius retentionis*» [16].

Розмежовувати правові засоби приватного примусу за характером вчинюваних дій на самозахист (фактичні дії) та інші засоби (юридичні дії) недоцільно. Подібність їхньої правової природи дозволяє провести розмежування самозахисту на засоби фактичного та юридичного характеру, однак не на власне самозахист та засоби оперативного впливу. Хоча і цільова спрямованість відповідних засобів може бути різною. З урахуванням зазначеного, до форм приватного правового примусу в охоронних цивільних правовідносинах цілком обґрунтовано відносяться необхідна оборона; відмова від зобов'язання в односторонньому порядку, в результаті його порушення контрагентом; претензійна форма впливу на порушника та інші засоби впливу. Всі вони застосовуються учасниками цивільних правовідносин самостійно, власними силами і з метою спонукання особи до вчинення певних дій або утримання від їх вчинення.

ВИСНОВКИ

Правовий примус є невід'ємною частиною правового регулювання приватних правовідносин, що становлять предмет цивільного права. В умовах сучасного підходу до регулювання цих відносин приватний примус обмежується охоронним їх видом і практично ототожнюється з приватною формою захисту. За своєю цільовою спрямованістю здійснює як превентивний вплив на учасників цивільних правовідносин, що застосовується на стадії реальної загрози порушення, так і вплив, який припиняється або відновлюється. Використання примусу в регулятивних цивільних правовідносинах практично неможливе, оскільки пов'язане переважно з недоцільністю використання такого правового засобу як традиційного регулятивного інструменту. У зв'язку з цим в контексті охоронних цивільних правовідносин приватний примус являє собою індивідуальний, адресний правомірний вплив учасника цивільних правовідносин на іншу особу (осіб), в діях яких є ознаки правопорушення. Він спрямований на неможливість здійснення правопорушення, за умови реальної загрози його вчинення; або на припинення правопорушення, що розпочалось; або на ліквідацію наслідків правопорушення, який вчиняється таким суб'єктом самостійно і власними зусиллями.

У той же час розширення самоорганізаційних засад, які застосовуються для приватного примусу в контексті підвищення рівня розвитку громадянського суспільства, правової культури та правової свідомості, може значною мірою покращити стан забезпеченості правопорядку в країні. Приватний правовий примус переважає над державним, оскільки є оперативнішим під час використання, має

ефективний характер (в деяких випадках), а також сприяє розвантаженню примусового апарату держави з вивільненням певних матеріальних та організаційних ресурсів, які можна направити на підвищення ефективності інших напрямів його роботи. Недолік полягає у збільшенні проявів самоуправства та свавілля. Така ситуація може призвести до збільшення роботи органам державної влади та органам місцевого самоврядування.

Доцільність розширення можливостей щодо застосування учасниками цивільних правовідносин приватного примусу в сучасних умовах є очевидною. Його застосування цілком відповідає загальній тенденції широкого залучення фізичних осіб до участі у процесах саморегулювання відносин, у яких вони безпосередньо беруть участь. Тому можливе створення інституцій альтернативного позасудового вирішення спорів, допущення до процедури виконання владних актів органів державної влади поряд із державними, приватних виконавців тощо. В той же час поряд із розширенням самоорганізаційних засад у застосуванні приватного правового примусу існує потреба вдосконалення механізмів застосування давно усталених, апробованих протягом тривалого часу, примусових засобів. Подальшого вдосконалення об'єктивно вимагають положення ЦК України, що регулюють умови та порядок застосування самозахисту. Починаючи з 2003 р., коли положення про самозахист були вперше закріплені на рівні основного акта цивільного законодавства України, не відбувалось їх удосконалення, незважаючи на ті наукові здобутки, що були одержані в дисертаційних роботах, присвячених цій тематиці. Будучи темою, актуальною як для науки, так і для практики правової реалізації, це питання вирішується в чинних положеннях цивільного законодавства України досить вузько і вимагає реального розвитку в нормативній площині.

Отже, протиставляти приватний правовий примус державному недоцільно і неправильно. Обидві форми правового впливу можуть гармонійно доповнювати одна одну, однак очевидним є те, що в контексті диспозитивного регулювання приватних правовідносин, що виступають предметом цивільного права, повністю виключити використання приватного правового примусу в цій сфері або обмежити його виключно діями в стані необхідної оборони та необхідності практично неможливо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – 2003. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
- [2] Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Харків : ФО-П Колісник А. А., 2009. – 544 с.
- [3] Evans S. M. Law Enforcement Intelligence: A Call for New Strategies and Tactics in Countering Criminal Insurgency / S. M. Evans // Law Intensity Conflict and Law Enforcement. – 2005. – Vol. 13. – No 3. – P. 262–279.

- [4] Вершинина С. И. Юридическая ответственность как вид государственного принуждения / С. И. Вершинина // Вектор науки ТГУ. – 2009. – № 5. – Вып. 8. – С. 23–30.
- [5] Березнев Р. Ю. Принуждение в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р. Ю. Березнев ; Белорусский государственный экономический университет. – Минск, 2017. – 19 с.
- [6] Juška Ž. The Effectiveness of Private Enforcement and Class Actions to Secure Antitrust Enforcement / Ž. Juška // The Antitrust Bulletin. – 2017. – Vol. 62. – No 3. – P. 603–637.
- [7] Козловська Л. Нормативні передумови розмежування регулятивних та охоронних правовідносин / Л. Козловська // Публічне право. – 2015. – № 1. – С. 225–232.
- [8] Макарейко Н. В. Право и принуждение: к вопросу о взаимосвязи / Н. В. Макарейко // Вестн. Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. – 2003. – № 2. – С. 329–337.
- [9] Мирошник М. А. Принуждение в российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. А. Мирошник. – Саратов, 2016. – 228 с.
- [10] Шишка Р. Б. Види цивільних правовідносин / Р. Б. Шишка // Вісн. Харків. нац. ун-ту внутр. справ. – 2007. – Вип. 36. – С. 315–323.
- [11] Каленіченко Л. І. Поняття та ознаки державно-правового примусу / Л. І. Каленіченко // Вісник Харків. нац. ун-ту внутр. справ. – 2017. – № 3. – Вип. 78. – С. 21–30.
- [12] Мількова К. В. Теоретичні питання класифікації охоронних правовідносин / К. В. Мількова // Вісн. Акад. адвокатури України. – 2008. – № 3. – Вип. 13. – С. 17–23.
- [13] Давидова Н. О. «Регулювання», «охорона», «захист»: співвідношення понять на прикладі особистих немайнових відносин / Н. О. Давидова // Бюл. М-ва юстиції України, 2007. – № 6. – Вип. 68. – С. 29–35.
- [14] Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – Москва : Статут, Консультант Плюс, 2001. – 411 с.
- [15] Малишев Б. В. Теоретико-правові аспекти державного примусу як ознаки права / Б. В. Малишев // Часопис Київ. ун-ту права. – 2012. – № 3. – С. 25–29.
- [16] Lemos M. H. For-Profit Public Enforcement / M. H. Lemos, M. Minzner // Harvard Law Review. – 2014. – Vol. 127. – No 3. – P. 854–913.
- [17] Горяйнов А. М. Самозахист як засіб приватного правового примусу / А. М. Горяйнов // Держава і право. – 2011. – № 53. – С. 413–418.
- [18] Randol B. M. The organizational correlates of terrorism response preparedness in local police agencies / B. M. Randol // Criminal justice policy review. – 2012. – No 23. – P. 304–326.
- [19] Погрібний С. О. Примус у механізмі цивільно-правового регулювання договірних відносин / С. О. Погрібний // Південноукр. правн. часопис. – 2012. – № 5. – С. 108–109.
- [20] Харитонов Є. О. Концепт «правове забезпечення» в контексті правової адаптації до умов внутрішнього ринку Європейського союзу / Є. О. Харитонов // Наук. праці Нац. ун-ту «Одеська юридична академія». – 2015. – Т. 16. – С. 35–43.
- [21] Eagly I. V. Summary of Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement / I. V. Eagly // New York University Law Review. – 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nyulawreview.org/online-features/summary-criminal-justice-noncitizens-analysis-variation-local-enforcement>.
- [22] Hendrix J. A. Strategic policing philosophy and the acquisition of technology: findings from a nationally representative survey of law enforcement / J. A. Hendrix, T. Taniguchi, K. J. Strom, B. Aagaard & N. Johnson // Policing and Society. – 2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10439463.2017.1322966>.

- [23] Villasenor J. Technology and the Role of Intent in Constitutionally Protected Expression. [Електронний ресурс] / J. Villasenor // Harvard Journal of Law and Public Policy. – Vol. 35. – No 3. – P. 631–674. – Режим доступу: http://harvardjlp.wpengine.com/wp-content/uploads/2016/06/39_3_Villasenor_F.pdf.

REFERENCES

- [1] The Civil Code of Ukraine. (2003). Retrieved from <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- [2] Spasibo-Fateeva, I. V. (2009). Civil Code of Ukraine: scientific and practical comment (explanation, interpretation, recommendations with the use of positions of higher courts, the Ministry of Justice, scientists, specialists). Kharkiv: FO-P Kolisnyk A. A.
- [3] Evans, S. M. (2005). Law Enforcement Intelligence: A Call for New Strategies and Tactics in Countering Criminal Insurgency. *Law Intensity Conflict and Law Enforcement*, 13 (3), 262–279.
- [4] Vershinina, S. I. (2009). Legal responsibility as a kind of state coercion. *Vector of science TSU*, 5(8), 23–30.
- [5] Bereznev, R. Yu. (2017). *Coercion in civil law* (Candidate thesis, Belarusian State Economic University, Minsk, Belarus).
- [6] Juška, Ž. (2017). The Effectiveness of Private Enforcement and Class Actions to Secure Antitrust Enforcement. *The Antitrust Bulletin*, 62 (3), 603–637.
- [7] Kozlovskaya, L. (2015). Regulatory prerequisites for the delimitation of regulatory and security legal relations. *Public Law*, 1, 225–232.
- [8] Makareiko, N. V. (2003). Right and coercion: to the question of the relationship. *Journal of the Nizhny Novgorod University named after NI Lobachevsky*, 2, 329–337.
- [9] Miroshnik, M. A. (2016). *Coercion in the Russian civil law*: (Candidate thesis, Saratov State Academy of Law, Saratov, Russian Federation).
- [10] Shishka, R. B. (2007). Types of civil legal relations. *Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs*, 36, 315–323.
- [11] Kalenichenko, L. I. (2017). Concepts and signs of state-legal coercion. *Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs*, 3 (78), 21–30.
- [12] Milkova, K. V. (2008). Theoretical issues of the classification of security legal relationship. *Bulletin of the Academy of Advocacy of Ukraine*, 3 (13), 17–23.
- [13] Davydova, N. O. (2007). “Regulation”, “protection”, “protection”: the ratio of concepts on the example of personal non-property relations. *Bulletin Ministry of Justice of Ukraine*, 6 (68), 29–35.
- [14] Gribanov, V. P. (2001). *Realization and protection of civil rights*. Moscow: Statut, Konsul'tant Pljus.
- [15] Malishev, B. V. (2012). Theoretical and legal aspects of state coercion as a sign of law. *Journal of the Kyiv University of Law*, 3, 25–29.
- [16] Lemos, M. H. & Minzner, M. (2014). For-Profit Public Enforcement. *Harvard Law Review*, 127 (3), 854–913.
- [17] Goriainov, A. M. (2011). Self-defense as a means of private legal coercion. *State and Law*, 53, 413–418.
- [18] Randol, B. M. (2012). The organizational correlates of terrorism response preparedness in local police agencies. *Criminal Justice Policy Review*, 23, 304–326.

- [19] Pogrebny, S. O. (2012). Compulsion in the mechanism of civil legal regulation of contractual relations. *Southern Ukrainian Legal Journal*, 5, 108–109.
- [20] Kharitonov, Ye.O. (2015). Concept of "legal support" in the context of legal adaptation to the conditions of the internal market of the European Union. *Scientific works of the National University "Odessa Law Academy"*, 16, 35–43.
- [21] Eagly, I. V. (2013). Summary of Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement. *New York University Law Review*. Retrieved from <http://www.nyulawreview.org/online-features/summary-criminal-justice-noncitizens-analysis-variation-local-enforcement>
- [22] Hendrix, J. A., Taniguchi, T., Strom, K. J., Aagaard, B. & Johnson, N. (2017). *Strategic policing philosophy and the acquisition of technology: findings from a nationally representative survey of law enforcement*. *Policing and Society*. Retrieved from <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10439463.2017.1322966>
- [23] Villasenor, J. Technology and the Role of Intent in Constitutionally Protected Expression. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 35(3), 631–674. Retrieved from http://harvardjlp.wpengine.com/wp-content/uploads/2016/06/39_3_Villasenor_F.pdf

Віталій Леонідович Яроцький

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Заслужений діяч науки і техніки України
Завідувач кафедри цивільного права №2
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вулиця Пушкінська, 77, Харків, Україна

Виталий Леонидович Яроцкий

Доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Заслуженный деятель науки и техники Украины
Заведующий кафедрой гражданского права №2
Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого
61024, улица Пушкинская, 77, Харьков, Украина

Vitaliy L. Yarotsky

Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Sciences of Ukraine
Honored Worker of Science and Technology of Ukraine
Head of the Department of Civil Law No. 2
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Яроцький В. Л. Приватноправовий примус в цивільних охоронних правовідносинах / В. Л. Яроцький // Вісник Національної академії правових наук України. – 2018. – Т. 25. – № 1. – С. 219–236.

Suggested Citation: Yarotskiy, V. L. (2018). Private legal enforcement in civil protective legal relations. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 25(1), 219–236.

Стаття надійшла / Submitted: 14/01/2018

Доопрацьовано / Revised: 19/02/2018

Схвалено до друку / Accepted: 05/03/2018

Конкурс на присудження премії імені Ярослава Мудрого

Оголошується черговий конкурс на присудження премії імені Ярослава Мудрого, заснованої спільним рішенням Президії Національної академії правових наук України та вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Мета премії – відзначення видатних заслуг вітчизняних правників – як науковців, так і практиків – у розбудові правової демократичної держави.

Премія має чотири номінації:

- 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства;
- 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів;
- 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовній діяльності;
- 4) за підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

Висування кандидатів на присудження премії провадиться комітетами Верховної Ради України, Верховним Судом, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовних органів, ученими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження премії імені Ярослава Мудрого, який створюється з представників юридичної громадськості України спільним рішенням Президії Національної академії правових наук України та вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Переможцям вручається диплом лауреата, пам'ятний нагрудний знак та грошова винагорода. Лауреатом премії за кожною номінацією особа може бути лише один раз.

У конкурсі на присудження премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь:

– автори монографій, підручників, навчальних посібників, науково-практичних коментарів чинного законодавства, юридичних енциклопедій, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук). Підручники та навчальні посібники висуваються на здобуття премії за умови їх апробації у навчальному процесі не менше 2-х років;

– особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук, або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовній діяльності.

У конкурсі з першої та четвертої номінації можуть брати участь як одна особа, так і група осіб (не більше восьми). За результатами конкурсу присуджуються три премії у кожній номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і супроводжуватися такими документами: а) рішення колективного органу про висунення кандидатів (кандидатів) на присудження премії; б) перелік наукових праць претендентів; в) розгорнута довідка, яка містить інформацію про особу та її видатні заслуги з тієї чи іншої номінації.

До подання обов'язково додаються наукові праці, які висувуються на конкурс. Документи мають бути оформлені належним чином і підписані керівником установи.

Документи приймаються до 28.09.2018 р. за адресою: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77. Тел. для довідок: 704-93-20, факс: 704-11-35

**Вісник
Національної академії
правових наук України**

**Том 25, № 1
2018**

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Коректор *Н. Ю. Шестьора*
Комп'ютерна верстка *О. А. Федосєєвої*

Підписано до друку з оригінал-макета 10.04.2018.
Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 19,4. Обл.-вид. арк. 16,7. Вид. № 1909.
Тираж 250 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: verстка@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ФОП Почернін В. В.
Тел. (057) 717-28-80

**Journal
of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine**

Volume 25, Issue 1
2018

Responsible for the release of *O. V. Petryshyn*

Corrector *N. Shestora*
Desktop publishing *O. Fedosieieva*

Signed to the print with the original layout 10.04.2018.
format 70 x 100 $\frac{1}{16}$. Offset paper. Headset Times.
Mind. print. ark. 19,4. Acc. publ. ark. 16,7. No. 1909.
Edition of 250 copies.

The publisher the Right of National Academy of legal Sciences of Ukraine
and the Yaroslav Mudryi National Law University
Ukraine, 61002, Kharkiv, 80A Chernyshevskaya Street
Tel/Fax: (057) 716-45-53
Website: www.pravo-izdat.com.ua
e-mail for authors: verstka@pravo-izdat.com.ua
e-mail for orders: sales@pravo-izdat.com.ua

Certificate of registration of the subject of publishing
in the state register of publishers, manufacturers and distributors
of publishing products series DK No. 4219 dated 01.12.2011

Made in the printing FOP Pochernin
Ph.: (057) 717-28-80