

e-ISSN 2310-323X

# ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ  
ЖУРНАЛ

# України

Науково-практичне фахове видання

Засноване у 1922 році

Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію: Серія КВ № 17414-6184ПР

Передплатний індекс: 74424

Адреса редакційної колегії:  
04107, м. Київ  
вул. Багговутівська, 17–21  
Тел.: +380(44) 537-51-10  
E-mail: editor.pravoua@gmail.com

Головний редактор:  
**Святоцький О. Д.**,  
доктор юридичних наук,  
професор,  
академік НАПрН України

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО УКРАЇНИ» внесено до:

- Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук (наказ Міністерства освіти і науки України від 15 квітня 2014 року № 455);
- Міжнародної наукометричної бази даних «EBSCO Publishing, Inc.» (США) (Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 року та 1 травня 2015 року);
- Міжнародної наукометричної бази даних «Index Copernicus International» (Польща) (листопад 2014 року);
- Міжнародної наукометричної бази даних «HeinOnline» (США) (Ліцензійна угода від 11 січня 2016 року).

**ВИДАВЕЦЬ**

© Видавничий Дім «Ін Юре»

**6/2017**



## НАУКОВА РАДА

**Співголови Наукової ради:** **Василь Тацій**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; **Юрій Шемшученко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; **Олександр Петришин**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України.

**Члени Наукової ради:** **Богуслав Банашак**, проф. (Польща); **Вільям Батлер**, проф. (США); **Юрій Баулін**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Антоніна Бобкова**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Чаба Варга**, проф. (Угорщина); **Анатолій Гетьман**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Сергій Головатий**, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; **Микола Козюбра**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Костенко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Наталія Кузнєцова**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Олена Лукашева**, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); **Жерар Марку**, проф. (Франція); **Михайло Марченко**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Василь Нор**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Микола Панов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Анатолій Селіванов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Василь Сіренко**, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; **Олександр Скрипнюк**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Майдан Сулейменов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан (Казахстан); **Андрес Оллеро Тассара**, проф., член Королівської академії моральних та політичних наук (Іспанія); **Михайло Теллюк**, д-р юрид. наук; **Володимир Тихий**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Спіридон Флогайтіс**, проф. (Греція); **Девід Харріс**, засл. проф. (Велика Британія); **Володимир Шаповал**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; **Ячіко Ямада**, проф. (Японія)

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

**Головний редактор:** **Олександр Святоцький**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України.

**Перші заступники головного редактора:** **Петро Рабінович**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Руслан Стефанчук**, д-р юрид. наук, проф. чл.-кор. НАПрН України.

**Заступники головного редактора:** **Тетяна Коломоєць**, д-р юрид. наук, проф., **Артем Штанько**, канд. юрид. наук, старш. наук. співроб.

**Члени редакційної колегії:** **Віктор Базов**, канд. юрид. наук; **Юрій Барабаш**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Батанов**, д-р юрид. наук, проф.; **Джон Белл**, проф. (Велика Британія); **Юрій Битяк**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Андрій Бойко**, д-р юрид. наук, проф.; **Ігор Бойко**, д-р юрид. наук, проф.; **В'ячеслав Борисов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ганна Буяджи**, канд. юрид. наук; **Григорій Василевич**, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); **Ірина Венедіктова**, д-р юрид. наук, проф.; **Володимир Гончаренко**, д-р юрид. наук, проф.; **Олександр Голіченков**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Борис Гулько**; **Василь Гуменюк**, канд. юрид. наук; **Володимир Денисов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Анатолій Довгерт**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Дроздов**, канд. юрид. наук, доц.; **Віктор Єрмолаєв**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Володимир Журавель**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Дмитро Задихайло**, д-р юрид. наук, проф.; **Лідія Ізовітова**; **Тетяна Кагановська**, д-р юрид. наук, проф.; **Іван Калаур**, д-р юрид. наук, доц.; **Ніна Карпачова**, канд. юрид. наук, доц.; **В'ячеслав Комаров**, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Тетяна Корнякова**, д-р юрид. наук, проф.; **Олена Кохановська**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Володимир Кравчук**, д-р юрид. наук, проф.; **Олександр Крупчан**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ірина Куян**, д-р юрид. наук; **Богдан Львов**; **Роман Майданик**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Сергій Максимов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Андрій Мелешевич**, д-р філософії (Ph.D.), доц.; **Лідія Москвич**, д-р юрид. наук, проф.; **Віктор Муравйов**, д-р юрид. наук, проф.; **Юрій Оборотов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Наталія Оніщенко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Олеся Отраднова**, д-р юрид. наук, доц.; **Віталій Опришко**, д-р юрид. наук, проф., член-кор. НАН України; **Петро Пацурківський**, д-р юрид. наук, проф.; **Пилип Пилипенко**, д-р юрид. наук, проф.; **Микола Погорєцький**, д-р юрид. наук, проф.; **Дмитро Притика**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Вікторія Резнікова**, д-р юрид. наук, доц.; **Ярослав Романюк**, канд. юрид. наук; **Михайло Савчин**, д-р юрид. наук, проф.; **Микола Селівон**, акад. НАПрН України; **Світлана Серьогіна**, д-р юрид. наук, проф.; **Валентина Сімоненко**; **Ксенія Смирнова**, д-р юрид. наук, доц.; **Хірохіде Такікава**, проф. (Японія); **Іван Тимченко**, канд. юрид. наук, акад. НАПрН України; **В'ячеслав Труба**, канд. юрид. наук, проф.; **Євген Харитонов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Наталія Хуторян**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Чирич**, д-р юрид. наук, проф. (Сербія); **Станіслав Шевчук**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Валерій Шепітько**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ольга Шило**, д-р юрид. наук, проф.; **Іван Шицький**, канд. юрид. наук; **Олексій Ющик**, д-р юрид. наук, проф.

## ЗМІСТ

### Національна правнича дискусія за темою: «ДЖЕРЕЛА ПРАВА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН І ТЕНДЕНЦІЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ»

#### *I. Теоретико-методологічні засади розвитку джерел права: традиції та новації*

ПАРХОМЕНКО Н. Концептуальні основи теорії джерел права.....	9
ТЕПЛЮК М., ЮЩИК О. До проблеми якості закону України як джерела права .....	17
ТОПОЛЕВСЬКИЙ Р. Система джерел права України: сучасний стан і перспективи розвитку.....	27
МАЛИШЕВ Б. Судова правотворчість у контексті судової реформи в Україні.....	34

#### *II. Джерела галузей вітчизняного права: напрями модернізації*

СКРИПНЮК О., БАТАНОВ О. Актуальні проблеми теорії джерел конституційного права України (аксіологічні, гносеологічні та онтологічні аспекти) .....	39
МАЙДАНИК Р. Вчення про джерела цивільного права України.....	53
ЯРОШЕНКО О. До питання про місце майбутнього Трудового кодексу України в системі джерел трудового права.....	64
КОЛОМОЄЦЬ Т. Джерела адміністративного права: проблемні питання доктринального визначення, класифікації та системного аналізу.....	72
ПАНОВ М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення.....	80

#### *III. Джерела міжнародного права та права Європейського Союзу: окремі аспекти трансформації*

СМИРНОВА К. Джерела права Європейського Союзу: новітні тенденції розвитку.....	90
ЩОКІН Ю. Конституційна норма щодо міжнародно-правових звичаїв: обґрунтування доцільності і змісту .....	98
<i>Висновки і рекомендації з національної правничої дискусії .....</i>	<i>106</i>

#### **Практика Європейського суду з прав людини: огляд рішень**

ДРОЗДОВ О. <i>Non bis in idem</i> – європейський орієнтир для забезпечення сталості та єдності судової практики Верховним Судом (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини).....	110
---	-----

#### **Конституційне право**

ДЖУНЬ В. Доктрина установчої влади народу: історичний поступ.....	133
--	-----

**Кримінальне право і процес**

КАТЕРИНЧУК К. Специфіка об'єктивної сторони окремих складів злочинів при посяганнях на здоров'я особи..... 145

**Питання кримінології**

МАРЧЕНКО М. Кримінологічний портрет сучасного корупціонера в Україні ..... 152

**Питання криміналістики**

ВАЩУК О. Питання верифікації та валідації у кримінальному провадженні: методи пізнання невербальної інформації ..... 159

**Слово молодим вченим**

ФРОЛОВ О. Реформа національного процесуального законодавства: пропозиції до законопроекту № 6232 в частині міжнародного комерційного арбітражу ..... 164

**Ювіляри**

Ювілей академіка НАПрН України  
Володимира Івановича Андрейцева  
(до 70-річчя від дня народження)..... 193

Ювілей члена-кореспондента НАПрН України  
Геннадія Олександровича Мурашина  
(до 85-річчя від дня народження)..... 196

**Світлій пам'яті**

Галина Харитонівна Рябошапко:  
життєва шляхетність Людини та Вченого..... 198

-----  
**До уваги читачів журналу «Право України»!**

Актуальною темою національної правничої дискусії  
у наступному номері видання буде:  
**«Принципи права: сучасні проблеми».**  
-----

## СОДЕРЖАНИЕ

### Национальная юридическая дискуссия на тему: «ИСТОЧНИКИ ПРАВА УКРАИНЫ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ТЕНДЕНЦИИ МОДЕРНИЗАЦИИ»

#### *I. Теоретико-методологические основы развития источников права: традиции и новации*

ПАРХОМЕНКО Н. Концептуальные основы теории источников права.....	9
ТЕПЛЮК М., ЮЩИК А. К проблеме качества закона Украины как источника права .....	17
ТОПОЛЕВСКИЙ Р. Система источников права Украины: современное состояние и перспективы развития .....	27
МАЛЫШЕВ Б. Судебное правотворчество в контексте судебной реформы в Украине .....	34

#### *II. Источники отраслей отечественного права: направления модернизации*

СКРИПНЮК А., БАТАНОВ А. Актуальные проблемы теории источников конституционного права Украины (аксиологические, гносеологические и онтологические аспекты) .....	39
МАЙДАНИК Р. Учение об источниках гражданского права Украины.....	53
ЯРОШЕНКО О. К вопросу о месте будущего Трудового кодекса Украины в системе источников трудового права.....	64
КОЛОМОЕЦ Т. Источники административного права: проблемные вопросы доктринального определения, классификации и системного анализа.....	72
ПАНОВ Н. Источники уголовного права: понятие, виды, правовое значение .....	80

#### *III. Источники международного права и права Европейского Союза: отдельные аспекты трансформации*

СМИРНОВА К. Источники права Европейского Союза: новейшие тенденции развития.....	90
ЩЕКИН Ю. Конституционная норма относительно международно- правовых обычаев: обоснование целесообразности и содержания.....	98
<i>Выводы и рекомендации по национальной юридической дискуссии .....</i>	106

#### **Практика Европейского суда по правам человека: обзор решений**

ДРОЗДОВ А. <i>Non bis in idem</i> – европейский ориентир для обеспечения постоянства и единства судебной практики Верховным Судом (по материалам практики Европейского суда по правам человека).....	110
---	-----

#### **Конституционное право**

ДЖУНЬ В. Доктрина учредительной власти народа: историческая поступь .....	133
--	-----

**Уголовное право и процесс**

КАТЕРИНЧУК Е. Специфика объективной стороны отдельных составов преступлений при посягательствах на здоровье лица ..... 145

**Вопросы криминологии**

МАРЧЕНКО М. Криминологический портрет современного коррупционера в Украине..... 152

**Вопросы криминалистики**

ВАЩУК О. Вопросы верификации и валидации в уголовном производстве: методы познания невербальной информации ..... 159

**Слово молодым ученым**

Фролов А. Реформа национального процессуального законодательства: предложения к законопроекту № 6232 в части международного коммерческого арбитража ..... 164

**Юбиляры**

Юбилей академика НАПрН Украины Владимира Ивановича Андрейцева (к 70-летию со дня рождения) ..... 193

Юбилей члена-корреспондента НАПрН Украины Геннадия Александровича Мурашина (к 85-летию со дня рождения) ..... 196

**Светлой памяти**

Галина Харитоновна Рябошапко: жизненное благородство Человека и Ученого ..... 198

-----  
***К вниманию читателей журнала «Право Украины»!***

Актуальной темой национальной юридической дискуссии  
в следующем номере издания будет:  
**«Принципы права: современные проблемы».**

-----

## CONTENTS

### **National Legal Discussion on a Subject:**

#### **«SOURCES OF LAW OF UKRAINE:**

#### **CURRENT STATE AND TENDENCIES OF MODERNIZATION»**

##### *I. Theoretical-Methodological Bases of Development of Sources of Law: Traditions and Innovations*

PARKHOMENKO N. Conceptual Foundations of the Theory of Sources of Law .....	9
TEPLIUK M., YUSHCHUK O. As to the Problem of a Quality of the Law of Ukraine as a Source of Law .....	17
TOPOLEVSKYI R. The System of Legal Sources of Ukraine: Current Situation and Prospects for the Development.....	27
MALYSHEV B. The Judicial Lawmaking in the Context of Judicial Reform in Ukraine .....	34

##### *II. Sources of Branches of Domestic Law: Directions of Modernization*

SKRYPNIUK O., BATANOV O. Actual Problems of the Theory of Sources of the Constitutional Law of Ukraine (Axiological, Epistemological and Ontological aspects).....	39
MAIDANYK R. The Doctrine of the Sources of Ukrainian Civil Law .....	53
YAROSHENKO O. About Place of New Labor Code of Ukraine in the System of Sources of Labor Law .....	64
KOLOMOIETS T. Sources of Administrative Law: Problem Issues of Doctrinal Definition, Classification and System Analysis.....	72
PANOV M. Sources of Criminal Law: Concept, Types, Legal Value .....	80

##### *III. Sources of International Law and Law of the European Union: Separate Aspects of Transformation*

SMYRNOVA K. The Sources of Law of the European Union: the Newest Tendencies of Development.....	90
SHCHOKIN Yu. Constitutional Norm Regarding to International Law Customs: Justification of the Feasibility and Content .....	98
<i>Conclusions and Recommendations to the National Legal Discussion</i> .....	106

##### **Practice of the European Court of Human Rights: Review of Decisions**

DROZDOV O. Non bis in idem – the European Reference Point for Ensuring Constancy and Unity of Court Practice by the Supreme Court (on Materials of Practice of the European Court of Human Rights).....	110
---	-----

##### **Constitutional law**

DZHUN V. Doctrine of the Constituent Power of the People: Historical Progress.....	133
---	-----

**Criminal Law and Process**

KATERYNCHUK K. Specifics of the Objective Party of Separate Crime  
Components at Infringement on Health of the Person ..... 145

**Criminology Issues**

MARCHENKO M. Criminological Portrait  
of the Modern Corrupt in Ukraine..... 152

**The Issues of Criminology**

VASHCHUK O. Issues of Verification and Validation in Criminal Proceedings:  
Methods of Knowledge of Nonverbal Information ..... 159

**The Word to the Young Scientists**

FROLOV O. Reform of the National Procedural Legal System:  
Offers to the Draft Law № 6232 on Amendment  
of the International Commercial Court..... 164

**Jubilees**

Jubilee of Academician of NALS of Ukraine  
Volodymyr Andreitsev (on his 70<sup>th</sup> Birthday)..... 193

Jubilee of Corresponding Member of NALS of Ukraine  
Henadyi Murashyn (on his 85<sup>th</sup> Birthday)..... 196

**To the Light Memory**

Halina Kharitonovna Riaboshapko:  
Vital Nobility of the Person and Scientist..... 198

-----  
*For the attention of the readers!*

The Actual Topic of a National Legal Discussion  
in the Following Number of the Issue will be:  
«**Principles of the Law: Modern Problems**».

-----



*Національна правнича дискусія за темою:  
«Джерела права України:  
сучасний стан і тенденції модернізації»*

*I. Теоретико-методологічні засади розвитку джерел права:  
традиції та новації*

**КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ ТЕОРІЇ  
ДЖЕРЕЛ ПРАВА**



**Н. ПАРХОМЕНКО**  
*доктор юридичних наук, професор,  
вчений секретар Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України,  
заслужений юрист України*

**Ч**ас триваючих реформаційних змін, який переживає Україна, потребує нових науково-обґрунтованих підходів до вирішення суспільно-політичних та економічних завдань щодо формування якісно нової моделі державного управління, розбудови громадянського суспільства, які б відповідали світовим стандартам у галузі прав людини, особливо з огляду на взяті Україною зобов'язання згідно з Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Зазначене насамперед стосується підвищення ефективності правового забезпечення відповідних механізмів регулювання суспільних відносин шляхом удосконалення системи джерел права України.

Формулювання концептуальних засад сучасної теорії джерел права в межах національної правової доктрини потребує її модернізації, яка передбачає проникнення в їх сутність, визначення властивостей, виявлення і пояснення реально існуючих закономірностей функціонування та з'ясування основних тенденцій розвитку. Особливе значення при цьому має розв'язання проблем, безпосередньо пов'язаних із уявленнями про право та визначенням його поняття, оскільки тип праворозуміння — це змістовна модель (або концепт) права, яка визначається його джерелом. Крім того, об'єктивними умовами, що розкривають специфіку розуміння джерел права, є суспільні відносини, особливості ментальності суспільства, форма державного устрою і правління тощо. Ці та інші фактори

обумовлені особливостями історичної ситуації та соціальним середовищем, у якому формуються зазначені уявлення, і пануючим типом праворозуміння.

Вітчизняна дореволюційна правова думка, ґрунтуючись на власній аксіологічній базі та використовуючи існуючий досвід теоретичного праворозуміння, сформулювала багато оригінальних концепцій та підходів до визначення джерел права. Найпомітнішими були праці К. Неволіна, О. Жиліна, М. Палієнка, М. Ренненкампа, С. Пахмана, М. Куплеватського. У середині XIX ст. у вітчизняній правовій думці набувають поширення ідеї позитивізму як результат кодифікаційних процесів у Західній Європі та укладення Зводу законів Російської імперії (далі — Звод). Наслідком було утвердження у суспільній свідомості тотожності поняття права й закону. У Зводі почали шукати все чинне право, водночас як його було складено лише із законів; звідси виникло припущення, що чинне законодавство і є правом взагалі, що право й законодавство тотожні, тому вивчати законодавство — це те саме, що вивчати право, а знання законів є знанням права взагалі, правознавством [1, 8]. Таким чином, право зводиться до законодавчих актів держави і заперечує значення ціннісного й сутнісного підходів до розуміння джерел права, обмежуючись емпіричними та формально-догматичними методами.

Основною тезою прихильників ідеї «відродженого природного права» (Є. Трубецької, Б. Кістяківський, Є. Спекторський, М. Ковалевський, А. Фатєєв, М. Чижов та ін.) було визнання ідеї особи як критерію правових норм, а не державного веління чи суспільної волі. Кожен громадянин мусить бути духовно діяльним у сфері права і на свій розсуд творити його [2, 189].

Відповідно, наприкінці XIX — на початку XX ст. в Україні вчені-право-

знавці заклали основи етико-морального розуміння джерел права, розвинули низку демократичних ідей і концепцій, спрямованих на гуманізацію змісту держави та права, формування принципу верховенства права, пов'язаності держави правом, різноманітності форм його вияву, а отже — й джерел права.

Розвиток вітчизняного праворозуміння у період після Жовтневої революції визначається продовженням попередніх традицій, плюралізмом наукових підходів з одночасним революційним ставленням до права як інституту, що поступово відмирає. Відповідно до цього, були підтримані лише ті погляди, які не суперечили офіційній ідеології, зокрема: заклики до боротьби проти буржуазних правознавців і тих юристів, які опинилися у полоні старої буржуазної юридичної методології; твердження про неможливість обмеження влади законами, зміст яких має визначатися революційною доцільністю у кожному конкретний момент [3, 9].

Тільки після закінчення Другої світової війни, а потім розвінчання культу особи Й. Сталіна юридична наука в УРСР пережила етап відродження. Насамперед це виражено у розширенні тематики наукових досліджень. Зокрема, у галузі теорії держави і права розроблялися проблеми застосування норм права, змісту правосвідомості громадян тощо. На жаль, безпосередньо проблеми джерел права глибоко не проаналізовані. У цей період на теренах України переважна більшість науковців намагалася визначити поняття права, закону, джерел права, дотримуючись виключно класових позицій.

Загалом до середини XX ст. в Україні серед теоретиків права спільною була позиція, відповідно до якої право визначалось як державна воля, виражена у вигляді загальнообов'язкових правил поведінки, зміст якої обумовлюється матеріальними умовами життя. Формулювання правових норм при цьому можливе двома способами: вста-

новлення нових правил поведінки (у формі законів, постанов уряду тощо) або санкціонування (тобто надання правового характеру) старих правил співжиття, що склались як звичай, але не мали раніше загальнообов'язкового значення. Такий підхід залишає поза увагою розгляд права як засобу втілення у життя справедливості, гуманності, обмежує юридичну науку лише дослідженням догми права, перетворенням правознавства на законодавство. Наслідком такого праворозуміння є недооцінка соціальної природи джерел права. У цьому контексті гостро постала потреба в дослідженні теоретичних проблем юридичної науки концептуального характеру, що зумовило пошук нового методологічного обґрунтування. До кола зазначених досліджень насамперед належить визначення концептуальних засад теорії джерел права.

У 70–80-ті роки у вітчизняному праворозумінні окреслилися критичні тенденції щодо етатистської концепції права. Відбувся перехід до так званого широкого праворозуміння, який у подальшому розвинувся зі здобуттям Україною незалежності.

Для початкового періоду формування незалежної державності — 90-ті роки ХХ ст. — були характерними кроки до становлення самостійної правової системи й водночас невизначеність праворозуміння, яке має бути підґрунтям побудови вітчизняної системи права і системи джерел права, з одночасною відмовою від радянської концепції панування держави; визнання людини найвищою соціальною цінністю; розмежування права й джерел права, права й закону; сприйняття загальновідомих світових цінностей у галузі права й держави, насамперед інституту захисту прав і свобод людини та громадянина; визнання права як загальної і рівної міри свободи індивідів.

У сучасній українській юридичній науці співіснують позитивістські та природноправові погляди, коли право

не відокремлюється від моральності, свободи та справедливості й повинно бути закріплене в законі, який від цього стає досконалішим. Активізуються пошуки тих учених, які прагнуть переосмислити догматико-раціоналістичний підхід до права. Зростає значення інтегративної юриспруденції, комунікативної, лібертарно-юридичної концепцій. Набуває поширення інтегративна концепція праворозуміння, яка, на нашу думку, має стати основою розвитку вітчизняної правової парадигми. Оскільки саме в межах цієї концепції можливо досягти таких результатів: правового виміру джерел права з одночасним збереженням їх нормативного характеру; встановлення і підтримання режиму законності в державі та зміцнення правопорядку; підвищення ролі держави у правовому регулюванні суспільних відносин; мінімізації проявів правового нігілізму; поєднання формальних і змістових аспектів права, за умови одночасного розгляду права через такі поняття, як «справедливість», «свобода», «реальні суспільні відносини» тощо поряд із формально-юридичними складовими «норма», «юридичний текст», «закон». Відповідно, право необхідно визначати і через форму та зміст як складне цілісне явище з його об'єктивно-суб'єктивною природою.

Крім того, аналіз сучасної вітчизняної наукової літератури щодо методологічних засад дослідження джерел права дає змогу дійти висновку про існування спроб деяких науковців розглянути зазначену проблему в контексті широкого праворозуміння стосовно різних аспектів змісту та сутності джерел права. Загалом кінець ХХ — початок ХХІ ст. характеризується поживанням наукових досліджень у сфері джерел права, а саме тих, що стосуються з'ясування сутності і змісту окремих різновидів джерел права. Зокрема, необхідно звернути увагу на праці О. Гайової, К. Ісмайлова, К. Кар-

мазіної, М. Кармаліти, Т. Коломоець, Л. Корчевної, Р. Майданика, Б. Малишева, С. Мельник, О. Назаренко, М. Панова, С. Погребняка, О. Стрельцової, І. Семеніхіна, Т. Скоморохи, К. Смирнової, М. Теплюка, Р. Тополевського, Н. Чудік, Ю. Щокіна, О. Ющика, О. Ярошенка та ін. Частина проведених досліджень відбулася у межах загальної теорії права, але переважна більшість була здійснена представниками галузевих юридичних наук.

Таким чином, національна доктрина джерел права має свій розвиток і відбувається у напрямі поглиблення її концептуальних теоретико-методологічних засад загалом, вивчення сутності та змісту окремих джерел права, зокрема й джерел конституційного, цивільного, трудового, адміністративного, міжнародного та інших галузей права. Щодо визначення сутності сучасної доктрини джерел права в Україні необхідно звернути увагу на низку важливих концептуальних положень. На нашу думку, джерела права як об'єкт пізнання правової науки — це складне поліструктурне явище взаємопов'язаних компонентів — різних джерел права. Відповідно, завдання формулювання концептуальних засад теорії джерел права ускладнюється тим, що номінативну функцію (функцію назви) стосовно цієї правової категорії виконують лексично багатозначні слова.

Метою визначення поняття «джерело права» є необхідність його відмежування від інших правових актів шляхом зазначення найзагальніших, суттєвих, головних, характерних, специфічних ознак. Залежно від того, яку ознаку покладено в основу, визначення поняття «джерело права» може бути предметним, генетичним чи функціональним. Предметне визначення вказує на ознаку, що характеризує його сутність і зміст. Генетичне визначення свідчить про походження джерела права. Функціональне визначення своєю відмітною

ознакою називає функцію, яку виконує джерело права. Отже, джерело права — складне багатозначне поняття. При існуючій множинності значення слова «джерело» юристи, як правило, користуються одним із значень цього терміна. Завдання полягає в узгодженні поняття «право» з множинністю значень слова «джерело».

У процесі наукового пізнання права як складного та багатоаспектного соціального явища вчені перенесли найменування об'єкта живої природи на соціальне явище з метою з'ясування причин його походження, а також обґрунтування його соціальної необхідності. При цьому загальноживане слово «джерело» набуло статусу правового терміна не окремо, а у складі стійкого словосполучення «джерело права» [4, 38–39] та логічно характеризується з погляду змісту (суттєві ознаки джерел права) й обсягу (сукупність охоплених ним джерел права).

Проведені нами дослідження дають змогу з'ясувати, що, по суті, більшість учених однаково розуміють джерела права як чинники, які творять право, а суперечки починаються при вирішенні питання, що має вважатися чинниками, які створюють право. На думку одних учених, це — об'єктивні умови певного середовища, других — вищий етичний закон; третіх — психічні переживання особистості, четвертих — ті форми (звичай, закон тощо), в яких набуває владного авторитету відповідний зміст [5, 237].

Поглиблене дослідження джерел права як категорії права вимагає аналізу питань, що стосуються поняття форми права та джерела права, а саме співвідношення його форми і змісту. Категорія «форма» застосовується для позначення різних явищ правової дійсності, які пов'язані з зовнішнім виявом права. Правова категорія «джерело права» використовується для того, щоб відобразити істинне знання про правову сферу суспільного життя, а катего-

рія «форма права» виступає як взірець, державний масштаб поведінки людей та оцінки їх вчинків.

Крім того, окремим аспектом дослідження категорії «джерело права» є вивчення співвідношення понять «зміст права» і «форма права». Форма права, так само як і форма будь-якого явища чи процесу, не існує сама по собі, окремо від її соціальної сутності та змісту, а виступає парною категорією стосовно змісту. Це означає, що: по-перше, форма права і зміст права перебувають у діалектичній єдності та взаємодії; по-друге, форма права і його зміст виступають як дві різні площини, два різні зрізи права; по-третє, форма права та його зміст переходять одне в одне, тобто стосовно одних явищ правової дійсності вона виступає як форма, а щодо інших — як зміст, і навпаки; по-четверте, форма права є динамічною і перебуває у постійному русі та розвитку. Стійка за природою, форма права, під впливом змін змісту права та навколишнього середовища, також змінюється.

Формулювання концептуальних засад джерел права передбачає також аналіз співвідношення понять «правова форма», «форма права», «джерело права». Поняття «правова форма» є загальним, відображає об'єктивний зв'язок права і явищ, на які воно впливає, визначає його місце серед інших форм. Поняття «форма права» розглядається як самостійне явище, яке виражається зовні за допомогою певних конкретних засобів. Таким чином, форма права разом із його особливим змістом робить право тим, чим воно є насправді, тобто саме правом, а не будь-яким іншим явищем [6]. Отже, поняття «форма права» є складовою поняття «правова форма» та має інструментальний характер й асоціюється із джерелами права. Тому розкрити форму права означає виявити структуру системи джерел права, їх співвідношення і взаємозв'язок.

Таким чином, у системі категорій права поняття «джерело права» виконує подвійну функцію. З одного боку, воно дає змогу відмежувати джерела права від соціальних регуляторів, які такими не є. Будь-яка правова система визначає у своїй доктрині й законодавстві, які джерела (форми) права визнаються діючими. З другого боку, це поняття розкриває місце будь-якого джерела права в системі джерел права, співвідношення його юридичної сили з юридичною силою інших джерел права [7, 49–53].

Конкретизація поняття «джерело права» в сучасній теорії держави і права здійснюється у декількох аспектах: а) у матеріальному розумінні під джерелом права розуміють економічні, соціальні умови життя суспільства, які визначають характер державної влади й виступають як правотворча сила суспільства; б) в ідеологічному розумінні — сукупність ідей, правова свідомість, концепції, політико-правові погляди тощо; в) у формально-юридичному значенні джерело права є сукупністю способів об'єктивації волі суб'єктів правотворчості, саме тут виділяють такі види джерел, як правовий прецедент, правовий звичай, нормативно-правовий акт і нормативний договір, принципи права; г) джерело можна розглядати як джерело пізнання права (історичні пам'ятки права, дані археології тощо) [8, 3]. У сучасній теорії права джерела права класифікують на: юридичні та матеріальні; соціальні, політичні й формальні; матеріальні, загальносоціальні та спеціально-юридичні.

Методологічно конструктивною основою дослідження проблем організації правового змісту актів суб'єктів правотворчості є теорія джерел права у формально-юридичному розумінні. До формально-юридичних джерел права відносять нормативно-правові акти, правові звичаї, правові прецеденти, нормативно-правові договори,

принципи права, правову доктрину, релігійні норми, які можуть бути класифіковані за різними критеріями.

До загальних ознак джерел права у формально-юридичному розумінні слід віднести: публічність, нормативність, формальність, юридичну силу, безпосередній зв'язок із державою, з колом суб'єктів, простором і часом. З'ясування зазначених ознак джерел права дає можливість визначити його поняття. Джерело права — це складна категорія права — зовнішня форма існування норм права у вигляді письмового документа (правового припису), виданого в межах повноважень суб'єктів правотворчості згідно зі спеціальною процедурою, який має юридичну силу та обов'язковість до виконання, відображає волю народу, політику держави і суб'єктів місцевого самоврядування та спрямований на регулювання суспільних відносин.

Визначення поняття та ознак джерел права дає змогу проаналізувати порядок їх класифікації, виявити їх нерозривну єдність із середовищем, у якому вони діють, їх вплив на суспільні відносини й розвиток державних інститутів. Крім того, за різними критеріями, а саме: способом прийняття, рівнем правового регулювання, предметом правового регулювання, залежно від належності до певної правової сім'ї, залежно від способу оформлення і форми зовнішнього вияву тощо джерела права поділяють на різні види.

Найпоширенішим є підхід, відповідно до якого класифікація формально-юридичних джерел права розглядається з погляду їх ієрархії. Загалом можна виокремити два підходи до визначення структурної організації системи джерел права. Так, існує підхід, згідно з яким система джерел права не має ієрархії та чіткої внутрішньої підпорядкованості, а жодне з джерел права не може володіти абсолютним верховенством стосовно інших, хоча для закону й характерна тенденція переваги. Закон

визнається рівним за юридичною силою з іншими джерелами права (характерно для скандинавських країн). Інший підхід визначає наявність вертикального зв'язку між джерелами права. Ієрархічна структура джерел встановлює градацію джерел права.

Класифікація джерел права, здійснена на підставі вимог системного підходу, орієнтує на вивчення і пізнання всієї сукупності складних та ієрархічних зв'язків між ними, виявлення шляхів їх систематизації та побудови цілісної, логічно завершеної системи джерел права. Це сприятиме забезпеченню правопорядку у державі як необхідної передумови для виконання її функцій. Регулятивна та стабілізуюча роль права можлива тільки за умови існування чіткої системи джерел права. Не розрізнена сукупність актів різних органів і суб'єктів, а системно організований «нормативний масив» має перебувати в полі зору і вчених, і практиків [9, 61].

Отже, окремим аспектом вивчення джерел права є з'ясування характеру зв'язків між ними. Поняття «система джерел права» у формально-юридичному розумінні виражає цілісність структурних елементів і має такий вигляд: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент тощо, між якими існують певні спільні й відмінні риси. Цілісність (тобто неможливість зведення властивостей системи до суми властивостей її твірних елементів) передбачає розгляд всієї сукупності джерел права як єдиного цілого, що володіє власними якісними властивостями, які не є сукупністю властивостей окремих джерел права, але одночасно існуючих у взаємозв'язку з ними.

На нашу думку, система джерел права має такі властивості: внутрішня узгодженість; суб'єктивно-об'єктивний та активний характер; динамічність. Саме динамізм виявляє внутрішню організацію системи джерел

права, їх функціональність, упорядкованість взаємодії та можливість зміни її елементів. Крім того, система джерел права характеризується стабільністю та розвитком, відкритістю. Відповідно, систему джерел права можна охарактеризувати як складно-організовану, комплексну, багаторівневу, динамічну й відкриту систему, складові елементи якої об'єднані структурними зв'язками. Кожний елемент цієї системи є самостійним і може бути досліджений окремо.

Важливою складовою теорії джерел права є їх функції як напрями впливу на суспільні відносини, потреба у здійсненні якого породжує необхідність існування джерел права як одного з засобів правового регулювання. Функції джерел права — це потенційна, об'єктивна здатність джерел права бути регулятором і засобом управління суспільними відносинами, яка обумовлена закономірностями їх розвитку та реалізується за допомогою цілеспрямованого впливу на відносини, що існують у суспільстві.

Таким чином, національна правова доктрина щодо теорії джерел права у своєму розвитку пройшла декілька етапів і сьогодні загалом має представленний нами вигляд. Новітній етап української державності ставить нові виклики перед юридичною наукою щодо виявлення найоптимальніших шляхів удосконалення правового регулювання суспільних відносин з урахуванням загальноновизнаних цінностей та європейських стандартів. Зокрема, це передбачає активізацію наукового пошуку у напрямі вдосконалення вже існуючої системи джерел права шляхом внесення змін і доповнень та розробки і прийняття якісно нових правових актів; розробки методологічних засад утвердження судового прецеденту у системі джерел права України та встановлення функціональних зв'язків з іншими джерелами права; щодо підвищення якості нормопроектної діяльності; удосконалення понятійно-категоріального апарату теорії джерел права як основи для модернізації галузевого національного законодавства та ін.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Редкин П. Г.* Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще : в 2 т. / П. Г. Редкин. — СПб., 1889. — Т. 1. — 442 с.
2. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б. А. Кистяковский. — М. : Издание М. и С. Сабашниковых, 1916. — 704 с.
3. *Каганович Л. М.* Двенадцать лет строительства Советского государства и борьба с оппортунизмом / Л. М. Каганович // Советское государство и революция права. — 1930. — № 1. — С. 7–43.
4. *Гурова Т. В.* Актуальные проблемы теории источников права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Гурова Тамара Владимировна. — Самара, 2000. — 188 с.
5. *Михайловский И. В.* Очерки философии права / И. В. Михайловский. — Томск : Издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. — Т. 1. — 632 с.
6. *Иоффе О. С.* О форме и содержании социалистического права / О. С. Иоффе // Вестник Ленинградского государственного университета. — 1959. — № 11. — С. 80–85.
7. *Нерсесянц В. С.* Философия права : учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. — М. : Норма—Инфра М, 2001. — 652 с.
8. *Калинин А. Ю.* Форма (источник) права как категория теории государства и права / А. Ю. Калинин, С. А. Комаров // Правоведение. — 2000. — № 6 (233). — С. 3–10.
9. *Мурашин О.* Акти прямого народовладдя, їх система та класифікація // Вісник Академії правових наук України / О. Мурашин. — 2000. — № 1. — С. 61–68.

#### REFERENCES

1. Redkin P. G. Iz lektсий po istorii filosofii prava v svyazi s istoriey filosofii voobshche [From lectures on legal philosophy history in connection with philosophy history in general], Sankt-Peterburg, 1889, vol. 1, 442 p.
2. Kistyakovskiy B. A. Sotsialnye nauki i pravo. Ocherki po metodologii sotsialnykh nauk i obshchey teorii prava [Social sciences and law. Sketches on methodology of social sciences and the general theory of law], Moskva: Izdanie M. i S. Sabashnikovoykh, 1916, 704 p.

3. Kaganovich L. M. Dvenadtsat let stroitelstva Sovetskogo gosudarstva i borba s opporunizmom [Twelve years of construction of the Soviet state and fight against opportunism. The Soviet state and revolution of law], *Sovetskoe gosudarstvo i revolyutsiya prava*, 1930, no. 1, pp. 7–43.
4. Gurova T. V. Aktualnye problemy teorii istochnikov prava [Urgent problems of the theory of sources of law], Samara, 2000, 188 p.
5. Mikhaylovskiy I. V. Ocherki filosofii prava [Legal philosophy sketches], Tomsk: Izdanie knizhnogo magazina V. M. Posokhina, 1914, vol. 1, 632 p.
6. Ioffe O. S. O forme i soderzhanii sotsialisticheskogo prava [In form and content of the socialist law], *Vestnik Leningradskogo gosudarstvennogo universiteta*, 1959, no. 11, pp. 80–85.
7. Nersesyants V. S. Filosofiya prava [Legal philosophy], Moskva: Norma—Infra M, 2001, 652 p.
8. Kalinin A. Yu., Komarov S. A. Forma (istochnik) prava kak kategoriya teorii gosudarstva i prava [Form (source) of law as category of the theory of state and law], *Pravovedenie*, 2000, no. 6 (233), pp. 3–10.
9. Murashyn O. Akty priamoho narodovladdia, ikh systema ta klasyfikatsiia [Acts of direct democracy, their system and classification], *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 2000, no. 1, pp. 61–68.

#### **Пархоменко Н. Концептуальні основи теорії джерел права**

**Анотація.** Досліджується сутність і зміст сучасної теорії джерел права у межах національної правової доктрини в контексті інтегративного праворозуміння. Проводиться аналіз еволюції теорії джерел права в межах окремих історичних періодів, визначається їх поняття, основні ознаки і властивості, співвідношення з такими категоріями, як правова форма та форма права. Здійснюється класифікація джерел права, зокрема у формально-юридичному розумінні, визначаються їх функції та тенденції подальшого розвитку. Окремо характеризується система джерел права, її властивості, зв'язки між окремими джерелами. Наголошено, що у теорії джерел права свій поняттєво-категоріальний апарат і відповідно до класифікації вона має такий вигляд: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент, правовий звичай, правова доктрина, загальні принципи права. Крім того, зміст теорії джерел права утворюють знання, отримані в результаті визначення методології їх дослідження, аналізу у світлі концепцій праворозуміння та з'ясування функцій.

**Ключові слова:** право, джерело права, класифікація, система, нормативно-правовий акт, доктрина, прецедент, звичай, функції, тенденції.

#### **Пархоменко Н. Концептуальные основы теории источников права**

**Анотация.** Исследуется сущность и содержание современной теории источников права в рамках национальной правовой доктрины в контексте интегративного правопонимания. Проводится анализ эволюции теории источников права в рамках отдельных исторических периодов, определяется их понятие, основные признаки и свойства, соотношение с такими категориями, как правовая форма и форма права. Осуществляется классификация источников права, в частности в формально-юридическом смысле, определяются их функции и тенденции дальнейшего развития. Отдельно характеризуется система источников права, ее свойства, связи между отдельными источниками. Отмечено, что теория источников права имеет свой понятийно-категориальный аппарат и в соответствии с классификацией выглядит так: нормативно-правовой акт, нормативный договор, правовой прецедент, правовой обычай, правовая доктрина, общие принципы права. Кроме того, содержание теории источников права образуют знания, полученные в результате определения методологии их исследования, анализа в свете концепций правопонимания и выяснения функций.

**Ключевые слова:** право, источник права, классификация, система, нормативно-правовой акт, доктрина, прецедент, обычай, функции, тенденции.

#### **Parkhomenko N. Conceptual Foundations of the Theory of Sources of Law**

**Annotation.** The essence and contents of the modern theory of sources of law within the national legal doctrine in the context of integrative the right of understanding is investigated. The analysis of evolution of the theory of sources of law within the separate historical periods is carried out, their concept, the main signs and properties, a ratio decides on such categories as a legal form and a form it is right. Classification of sources of law, in particular in legalistic sense is carried out, their functions and tendencies of further development are defined. The system of sources of law, its properties, communication between separate sources is separately characterized. It is noted that the theory of sources of law has the conceptual and categorical device and according to classification looks so: normative legal act, law-making treaty, legal precedent, legal custom, legal doctrine, general principles of the right. Besides, the contents of the theory of sources of law are formed by knowledge gained as a result of definition of methodology of a research of sources of law, their analysis in the light of concepts the right of understanding and clarification of functions of sources of law.

**Key words:** law, source of law, classification, system, legal act, the doctrine, the precedent, custom, function, tendencies.



## ДО ПРОБЛЕМИ ЯКОСТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА



**М. ТЕПЛЮК**  
*доктор юридичних наук,  
заслужений юрист України*



**О. ЮЩИК**  
*доктор юридичних наук, професор,  
провідний науковий співробітник  
відділу конституційного права  
та місцевого самоврядування  
Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України*

У юридичній науці джерело права визначається як спосіб зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їх загальнообов'язковість [1, 171]. Правові норми немовби «розсіюються» у вигляді різних фрагментів їх змісту по різних нормативних актах як формах їх вираження, а тому нормативні акти фігурують як різноманітні *джерела юридичних норм*, або, вживаючи більш звичний термін, як «джерела права» [2, 36]. Термін «джерело права», за словами С. Зівса, — спеціальний та умовний, проте зручний у використанні і до того ж традиційний для світової юриспруденції [3, 21].

Загальне уявлення про джерела права як специфічну форму вираження правових норм, що надає їм обов'язковості і, водночас, відрізняється від сили, яка творить право, є лише зовнішній

образ, що не дає необхідного пізнання цього феномена. Поняття джерела права, як зазначається у науковій літературі, досі належить до спірних питань теорії права. Адже джерело не більше ніж образ, який найімовірніше повинен допомагати пізнанню, а не давати пізнання того, що позначається цим терміном [4, 6–8].

На думку Я. Магазинера, факт визнання зазначеної норми будь-яким авторитетом, чи то громадською думкою, чи то державною владою, — *нормативний факт* (наприклад, закон або звичай), з яким пов'язується *загальнообов'язкова* сила норми. З позитивного права виокремлюють *офіційне* право, тобто такі норми, за якими верховна влада визнає загальнообов'язкову правову силу і які здатні породжувати права та обов'язки невизначеної кіль-

кості громадян. Це офіційне право і становить джерела права, якими вважаються *загальнообов'язкові форми вираження права* [5, 69].

Нормативний факт визнання верховною владою загальнообов'язковості цієї норми передбачає формулювання її у вигляді положень багатьох нормативних актів, передусім *законів держави* — нормативних актів *загального характеру*, котрі виступають як особлива форма *безпосереднього* вираження юридичного закону в сенсі певної *нормативної цілісності* [2, 34].

Закони держави є актами верховної державної влади як суверена, і як такі вони мають найвищу юридичну силу, що суттєво відрізняє їх від усіх інших актів державної влади. Закони держави фігурують у різних правових системах у різноманітних формах, які зводяться до трьох видів: а) *конституційні закони*; б) *ординарні (звичайні) закони*; в) *субститутні* законодавчі акти (від англ. *substitute* — замітник, сурогат), або «квазізакони». Усі закони держави становлять сукупність законодавчих актів [2, 41–43].

Конституція України 1996 р. як Основний Закон держави передбачала всі вказані види законодавчих актів: а) закони про внесення змін до Конституції України; б) закони України; в) укази Президента України з економічних питань, не врегульовані законами (п. 4 розділу XV «Перехідні положення»), та декрети Кабінету Міністрів України (п. 1 розділу XV «Перехідні положення»).

Щодо названих видів законодавчих актів зазначимо. По-перше, предмет конституційних законів не обмежений внесенням змін до Конституції України, а включає також введення у дію Конституції та законів про внесення змін до неї. По-друге, в Україні вже не діють закони СРСР, а тому немає сенсу звичайні закони називати словосполученням «закони України»; досить вживати слово «закон», адже інших законів

в Україні немає і не може бути. Від цього текст Конституції України тільки виграє, в чому переконує проект її нової редакції, запропонований у науковій літературі [6, 242–302]. Нарешті, давно слід було визнати низку декретів Кабінету Міністрів України, які й досі залишаються чинними, такими, що втратили чинність, виклавши їх положення як положення закону.

З визначення поняття джерел права випливає, що статус джерела права мають тільки закони, які є *чинними*, тобто обов'язковими. А оскільки чинність закону пов'язується із певними *техніко-юридичними вимогами* як до закону, так і до порядку його вироблення й запровадження у правову систему держави, то закон, ухвалений із порушенням встановлених вимог, від самого початку *не набуває якості джерела права*, скільки б його не називали «законом України». Інакше кажучи, джерелом права є не просто закон як *форма* нормативного акта; ним є акт *законодавця* в єдності його нормативного змісту і форми.

Вказаний акт законодавця потрібно розуміти не в значенні «документа», а в значенні *законодавчої дії*, тобто *волевиявлення* законодавця, яке здійснюється належним чином і втілюється у форму закону як її об'єктивований результат. У зв'язку з цим С. Алексєєв ключовим пунктом розуміння права як об'єктивної реальності вважав втілення права у певну форму. З боку зовнішньої форми — це саме джерело фактичного змісту і зовнішній інформаційний знак, найбільш явне свідчення його існування та дії як особливого інституційного утворення. Без зовнішнього виявлення, без набуття необхідних структурних характеристик позитивного права просто немає.

Якщо, пояснював автор, у кожний конкретний момент закон, інші зовнішні форми права являють собою, головним чином, вмістилище його фактичного змісту, «документальний образ»

права, своєрідний зовнішній інформаційний знак, найбільш очевидне свідчення його існування та дії (а вирішальне значення в житті права з юридичного боку має внутрішня форма), то при формуванні права зовнішні форми відіграють суттєву конституюючу роль. Отже, «закон» не просто фіксує, документально закріплює певні норми та принципи, тобто відіграє не лише фіксує роль, а й виконує щодо позитивного права функцію конституювання — формування, створення, утвердження зазначеного об'єкта. Звідси необхідність більш глибокого, тонкого, справді діалектичного підходу до висвітлення співвідношення зовнішньої форми та змісту права в процесі його формування, розвитку і функціонування [7, 125–127].

Саме з позиції цього діалектичного підходу ми не можемо погодитися з висловлюванням І. Рассолова про те, що не слід ототожнювати дії осіб, якими *проголошується* норма, із самою нормою, котра зазвичай виражається за допомогою нормативних правових актів, «тобто організуючих дій органів державної влади, які оформляються прийнятими за спеціальною процедурою та оприлюдненими для загального відання документами». З цього випливає, за логікою автора, що правова норма — це не гіпотеза, диспозиція та санкція в їх єдності, а лише «зразок» правила поведінки, який складається тільки з *гіпотези* та *диспозиції*.

На нашу думку, навпаки, необхідно «ототожнювати дії суб'єкта, якими *проголошується* норма, з самою нормою», або, точніше, потрібно розглядати ці дії як *необхідну складову самої норми*, як її *санкцію*, без якої немає гіпотези та диспозиції норми, а тільки уявлення про деякий «зразок» правила поведінки й «обставини» його реалізації. У нормі справді можна розрізнити *основу*, якою є існуюче правило поведінки, та *підставу* — волю владного суб'єкта як реальну дійсність, що виробляє з осно-

ви в певних обставинах і залежно від них правову норму. Якщо ж у правовій нормі вбачати тільки «зразок» поведінки, то така норма є не більш ніж *уявленням* про належну *діяльність*, яке може стати, а може й не стати правовою нормою.

Насправді правову норму утворює своєрідна подвійна *діяльність*, а саме: діяльність суб'єктів спілкування (як творення основи норми) та санкціонуюча діяльність верховної влади (як підстава визнання цієї основи нормою). Тому правова норма втілюється у *вольових актах* обох таких діяльностей. І оскільки вказані вольові акти пов'язані з існуванням правових норм, то вони виступають як *правові акти*. Інакше кажучи, саме правові акти виявляються іманентним способом існування правових норм [8, 436–442].

Як ми вже зазначали, акт у *значенні документа* можна звести до основного тлумачення слова «акт», оскільки будь-який документ — це продукт особливої діяльності (документування), а отже, уречевлена діяльність, або «застигла» в продукті *дія*. Значення слова «документ» (від лат. *documentum* — доказ, свідоцтво) є вужчим за значення слова «дія». Зважаючи на те, що право виникло до письменності як дещо не пов'язане з документами, термін «правовий акт» у значенні «правової дії» більш адекватно й органічно відображає зв'язок форми та змісту в праві, ніж у сенсі «правового документа».

Справді, існування правових норм, як і інших соціальних норм, цілком можна уявити без їх *документального* вираження; але не можна уявити собі існування правової норми — від її зародження до перетворення в *дійсну* норму — без *правової дії* суб'єктів спілкування і діяльності владного суб'єкта, який санкціонує правила спілкування останніх. Правові акти лише в їх «дієвому» розумінні є *іманентним способом існування* правових норм, незалежно від того, в якій формі (усній чи

письмовій) ці акти виражаються. Усі вони є *актами волевиявлення суб'єктів* і належать до одного класу правових актів.

Водночас останні представляють як правові дії суб'єктів спілкування, так і правові дії суб'єкта, який санкціонує правила їх спілкування, тобто вони втілюють різні «діяльні» моменти правової норми. З цієї відмінності випливає загальний поділ правових актів на *два види*, а саме: акти *нормоустановлюючі* та *нормореалізуючі* (за традиційною термінологією їм відповідають *нормативно-правові* та *індивідуально-правові* акти). Проте ці терміни не цілком точно відображають, а іноді навіть заплутують суть питання, оскільки з цим пов'язують поділ права на сфери *правотворчості* та *правореалізації*; до правотворчості при цьому відносять створення нормативно-правових актів, а до правореалізації — індивідуально-правові акти, фіксуючи таким чином у праві дві сторони, дві сфери — повинного і суцього.

У такому сенсі «правотворчість» означає, по суті, не «творення» права взагалі, а формування *позитивного* права як сфери повинного у вигляді системи владних нормативно-правових велінь через вироблення нормоустановлюючих документів. Останні фігурують як *об'єктивно-правові* акти, на відміну від актів *суб'єктивно-правових*, які опосередковують правове спілкування суб'єктів, що переводить правові норми з можливості у дійсність, у сферу суцього. Таким чином, дійсне право створюють правові дії всіх учасників процесу: як тих, котрі установлюють правові норми, так і тих, які реалізують ці норми [8, 446–447].

Більше того, дослідження одним із авторів цієї статті проблеми забезпечення *дії закону* переконує, що юридичний процес не обмежується лише правотворчістю та реалізацією права, а включає ще один важливий фрагмент правового регулювання, *відмінний* від

них за метою, предметом і результатом, що є необхідним для забезпечення переходу від повинного до суцього.

Таким фрагментом правового регулювання є *введення закону в дію*, що являє собою *особливу юридичну технологію, призначену для створення та/або підтримання правових та інших умов, необхідних для забезпечення ефективної регулятивної дії положень нормативно-правового акта, що набув статусу закону* [9, 445–446].

З цього можливо зробити висновок, що кожному з трьох елементів правової норми — гіпотезі, диспозиції та санкції — відповідає особлива діяльність, через яку продукується й оформлюється матерія права: *диспозиції* відповідають поведінські акти суб'єктів спілкування, з яких формується *основа* правової норми, тобто *права* та *обов'язки* суб'єктів; *санкції* — діяльність законодавця як підстава визнання *нормативності* зазначеної основи; *гіпотезі* — діяльність владних та інших суб'єктів правового процесу, підпорядкована створенню та/або підтриманню необхідних *умов дії* правових норм.

Однак цю складну діалектику правової норми як процесу необхідності в теорії права традиційно вже не одне століття спрощують до суто зовнішнього поверхового зв'язку гіпотези, диспозиції та санкції за примітивною формулою «якщо... то... інакше». Але таке примітивне спрощення лише заважає істинному пізнанню поняття правової норми і пов'язаного з ним поняття джерела права. І навпаки, окреслена нами діалектика правової норми дає можливість подолати відзначене О. Лук'яною подвійне трактування джерел права (як специфічної форми вираження правових норм і як тієї сили, яка творить право). Насправді в понятті джерела права сила, яка творить право, поєднується, а не роз'єднується з вираженням цієї сили у формі правових актів.

Яскраве підтвердження наведених теоретичних висновків дає вітчизняна

практика формування масиву таких джерел права, як закони України.

Статус джерела права, як уже було сказано, мають тільки чинні закони; а чинність закону пов'язується з певними техніко-юридичними вимогами. Тому порушення вказаних вимог позбавляє ухвалений закон статусу джерела права. Згідно зі ст. 152 Конституції України цими вимогами є: а) конституційність (відповідність Конституції) положень закону; б) дотримання встановленої Конституцією України процедури розгляду, ухвалення закону або набрання ним чинності. Щодо цієї статті вже зазначалося, що положення, відповідно до яких закон, визнаний неконституційним, втрачає чинність з дня ухвалення про це рішення Конституційного Суду України (далі — КСУ), є юридично некоректним, оскільки в такому разі неконституційний закон зберігає чинність і діє впродовж певного, іноді досить тривалого часу, породжуючи відповідні правові відносини, які насправді не є *правовими* [2, 300–302].

Не має однозначного розуміння також термін «встановлена Конституцією процедура». Адже процедура — це «офіційно встановлений чи прийнятий за звичаєм порядок, послідовність дій для здійснення або оформлення якихось справ» [10, 737]; а згідно з ч. 5 ст. 83 Конституції «порядок роботи Верховної Ради України встановлюється Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України». Чи можна це положення розуміти так, що «встановлена Конституцією процедура» включає також положення Регламенту Верховної Ради України (далі — Регламент) щодо розгляду та ухвалення закону і набрання ним чинності? Адже в ст. 1 чинного Регламенту сказано, що він «визначає законодавчу процедуру».

На нашу думку, Конституція України не встановлює зазначену процедуру як таку, а в статтях 91–94 Основного

Закону та деяких інших визначені лише її ключові елементи, які *конкретизуються* у регламентних вимогах. Водночас факт порушення цих вимог має бути незаперечною підставою для визнання ухваленого закону нечинним (в якому порядку — то окрема тема). В іншому разі виникає запитання: навіщо взагалі встановлювати законодавчі або регламентні вимоги, якщо їх можна ігнорувати без будь-яких наслідків?

Для прикладу, розглянемо практику *внесення змін* до законів України.

Так, Бюджетним кодексом України (далі — БК України) встановлено вимогу, згідно з якою зміни до нього «можуть вноситися виключно законами про внесення змін до Бюджетного кодексу України» (ч. 5 ст. 4). Розгляд таких законопроектів відбувається за *спеціальною процедурою*, визначеною Регламентом (ч. 4 ст. 27 БК України). Так само зміна Податкового кодексу України «може здійснюватися виключно шляхом внесення змін до цього Кодексу» (ст. 2). Аналогічно зміни до Митного кодексу України «можуть вноситися виключно законами про внесення змін до Митного кодексу України» (п. 9 розділу XXI «Прикінцеві та перехідні положення»). Чинний Закон України від 2 червня 2016 р. «Про судоустрій і статус суддів» (далі — Закон) також містить вимогу, згідно з якою зміни до нього «можуть вноситися виключно законами про внесення змін до Закону України “Про судоустрій і статус суддів”» (ч. 2 ст. 4).

А що відбувається на практиці?

По-перше, *систематичне порушення* спеціальної процедури внесення змін до законів, положення яких впливають на показники бюджету. Всупереч вимогам ст. 27 БК України лише в останні місяці прийнято закони: від 7 лютого 2017 р. «Про внесення змін до деяких законів України щодо надання допомоги на дітей померлого годувальника»; від 23 березня 2017 р. «Про Український культурний фонд»; від 23 березня

2017 р. «Про державну підтримку кінематографії України»; від 6 квітня 2017 р. «Про внесення змін до деяких законів України щодо підвищення рівня соціального захисту військово-службовців та членів їх сімей»; від 6 квітня 2017 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства з питань діяльності закладів охорони здоров'я»; від 25 травня 2017 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони пралісів згідно з Рамковою конвенцією про охорону та сталий розвиток Карпат» та ін.

По-друге, постійно порушуються вимоги кодексів й окремих законів щодо внесення змін до закону *виключно визначеним законом* України. Показовим у цьому сенсі є Закон України від 21 грудня 2016 р. «Про Вищу раду правосуддя», в якому одним п. 3 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» внесені зміни до 38 законів України (!), серед яких шість кодексів, зокрема Кримінальний і процесуальні кодекси, та Закон. Зараз на розгляді парламенту перебуває законопроект про конституційне провадження з 67 статей, яким знову пропонуються зміни до двох кодексів (Кодексу України про адміністративні правопорушення і Кримінального кодексу України (далі — КК України)), до трьох статей і п'яти пунктів розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону, зміни до низки інших законів та до Регламенту.

До речі, в ч. 8 ст. 90 Регламенту вказано: «Якщо для реалізації положень поданого законопроект після його прийняття необхідні зміни до інших законів, такі зміни мають викладатися в розділі “Перехідні положення” цього законопроект або в одночасно внесеному його ініціатором окремому законопроекті. До законопроект додається перелік законів та інших нормативних актів, прийняття або перегляд яких необхідно здійснити для реалізації

положень законопроект в разі його прийняття».

Цей припис є невдалим як із теоретичного, так і техніко-юридичного погляду. Якщо внесення змін до закону окремим законом не викликає запитань, то який стосунок мають *прикінцеві та перехідні положення* певного закону до тексту інших *самостійних* законів — це питання у законодавця не виникає. Однак дискусія щодо розуміння прикінцевих і перехідних положень закону виникла ще при розгляді парламентом проекту Закону про закони і законодавчу діяльність на початку 2000-х років. У цьому документі передбачалося одночасно з прийняттям певного закону визначати умови введення його в дію (порядок та умови набрання ним чинності, порядок та умови впровадження у систему законодавства, а також порядок та умови застосування закону загалом або окремих його положень) у прикінцевих або перехідних положеннях самого закону чи окремим законом.

При цьому ми неодноразово наголошували, що перехідні положення становлять *самостійний предмет* правового регулювання, *відмінний* як від предмета того закону, який вводиться у дію, так і від предмета тих законів, які потребують внесення в них змін у зв'язку з введенням у дію нового закону. У *прикінцевих* положеннях закону можуть міститися лише положення стосовно визнання такими, що *втратили чинність*, законів або їх положень, які заміняє або усуває новий закон, з метою недопущення колізії норм [9, 332–336].

Очевидно, однак, що вимога ст. 90 Регламенту викладати зміни до законів в *окремому* законопроекті, принаймні щодо законів, у яких передбачено внесення змін до них виключно певними законами, є *обов'язковою*. Ігнорування цієї вимоги законодавцем означає, що положення закону України не мають загальнообов'язкового харак-

теру, а тому закон *не відповідає статусу джерела права* як «способу зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їх загальнообов'язковість». У свою чергу, змінення законів у *неправовий* спосіб ставить під сумнів легальність і юридичне значення внесених змін.

На це можна заперечити, що порушення закону, наприклад, скоєння злочину, не позбавляє КК України загальнообов'язкового характеру. Справді, не позбавляє, тому що за злочин встановлено покарання, а порушення, наприклад, цивільних чи інших прав усувається за рішенням суду. Натомість ігнорування вимоги закону щодо внесення до нього змін жодних юридичних наслідків для законодавця не передбачає, а з цим втрачається і обов'язковість закону.

Для того щоб закон України був *дійсним джерелом права*, а не «фіговим листком» законодавчої сваволі, факт порушення визначеної законом процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності повинен стати безумовним приводом для визнання нечинним прийнятого з порушенням акта. Підставою для цього є статті 8 і 19 Конституції України як *засадничі* щодо ст. 152. Це означає, що не лише КСУ повинен ревізувати закони на предмет їх чинності, а й інші органи. Частково вказану функцію виконує глава держави, застосовуючи право вето; деякою мірою вона виконується парламентом. Водночас існуючого механізму явно недостатньо, оскільки з'являється все більше законів, ухвалених із порушенням процедури. Тому є сенс, на наше переконання, залучити в цей механізм додаткові можливості адміністративної юстиції.

Головна роль у цій справі залишається за парламентом. Адже саме тут продукуються закони України, і від того, як законодавець ставиться до свого обов'язку, як використовує юридичну техніку законотворення, зале-

жить, наскільки «чистою» буде джерельна база права.

Як зазначається у літературі, інтереси різних управлінських груп реалізуються не тільки через зміст норм права, а й за допомогою прийомів юридичної техніки. Ці прийоми можуть штучно створюватися у процесі правотворчості або існують об'єктивно й використовуються в готовому вигляді. Залежно від цілей виокремлюються прийоми юридичної техніки, спрямовані на забезпечення реалізації норм права, вигідних управлінським групам, а також на нейтралізацію норм, що не відображають їхні інтереси, які є частиною механізму блокування реалізації норм права [11, 502–503].

У цьому контексті показова зміна Регламенту в 2006 р., якою вилучена з нього глава 3.5 «Розгляд питань про неприйнятність преюдиціальних та відкладальних питань».

Стаття 3.5.1 встановлювала, що під час обговорення законопроекту та його структурних частин депутати та інші особи чи органи, які мають право законодавчої ініціативи, в будь-який час можуть порушити питання про їх неприйнятність з підстав їх невідповідності Конституції або чинним законам чи міжнародним договорам, або якщо вони виходять за межі законодавчого регулювання взагалі чи певного законопроекту зокрема, або наслідком їх прийняття буде неузгоджене з Урядом України скорочення надходжень або виникнення чи збільшення видатків із державного або місцевих бюджетів. Вона передбачала, що розгляд і прийняття рішення про неприйнятність здійснюється одразу після внесення, обговорення відбувається за скороченою процедурою. Згідно зі ст. 3.5.5, якщо питання про неприйнятність підтримано головним комітетом або не менш як 1/3 депутатів від їх фактичної кількості, законопроект чи його частина для можливого доопрацювання чи підготовки висновку з питання

про неприйнятність направляється до відповідного комітету та, у разі необхідності, до Уряду [12, 49–53].

Виключивши з нової редакції Регламенту інститут неприйнятності заради «спрощення» законодавчої процедури, а по суті — для забезпечення реалізації норм, вигідних тодішнім управлінським групам, автори цієї техніко-юридичної ідеї фактично позбавили парламент можливості здійснювати самоконтроль якості закону в законодавчому процесі. Однак якщо у разі неконституційності є можливість визнати такий закон нечинним за рішенням КСУ, то у випадках невідповідності чинним законам, виходу положень закону за межі законодавчого регулювання або його предмета, чи порушення спеціальної процедури внесення змін до закону залишається лише контрольний інструмент вето глави держави, який «не працює» за умов пропрезидентської більшості в парламенті.

Вказані порушення набули в останні 10 років такого характеру, що перетворили закон із джерела права на джерело суспільної нестабільності, тобто дещо протилежне його призначенню. А коли до цього додаються нескінченні спроби здійснення владою різних реформ, особливо судової, то ця ситуація нагадує гасіння пожежі за допомогою бензину, відкинувши *принцип верховенства права*, що визнається і діє в Україні згідно зі ст. 8 Конституції.

Верховенство права, як зазначено у доповіді, схваленій Європейською Комісією «За демократію через право», є невід'ємною частиною будь-якого демократичного суспільства. «В рамках цього поняття вимагається, щоб усі, хто наділений повноваженнями ухвалювати рішення, ставилися до кожного з проявом поваги, на основі рівності й розумності та відповідно до закону, і щоб кожен мав можливість оскаржити незаконність рішень у незалежному та безсторонньому суді, де кожного забез-

печено справедливими процедурами. Отже, верховенство права стосується здійснення влади і відносин між особою та державою».

Обов'язковими елементами поняття «верховенство права» є: а) законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права; б) юридична визначеність; с) заборона свавільності; d) доступ до правосуддя, представленою незалежними і безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю; е) дотримання прав людини; f) заборона дискримінації та рівність перед законом. Законність означає, зокрема, що за порушення закону повинна наставати відповідальність; а юридична визначеність передбачає, що держава зобов'язана дотримуватися запроваджених нею законів і застосовувати їх у передбачуваний спосіб та з логічною послідовністю. Закон повинен бути сформульований достатньо чітко, аби особа мала можливість скерувати свою поведінку та відповідним чином захистити себе від свавільних дій влади [13].

Для забезпечення дії принципу верховенства права в Україні, на наше переконання, необхідно припинити хаотичне реформування різних суспільних та владних інститутів і визначити як *пріоритет* реформу *законодавчого процесу*, аби перетворити закони України на *справжні джерела права* як дієвий інструмент здійснення усіх інших реформ. Зрозуміло, що законодавчий процес неможливо реформувати без *парламентської* реформи, на ключовому значенні якої, як вихідної ланки реалізації правової реформи, ми наголошуємо вже понад 20 років [14, 173–190].

У сучасних умовах необхідною передумовою парламентської реформи є ухвалення нової редакції Конституції України на всеукраїнському референдумі, в якій необхідно встано-



вити більш чіткі конституційні вимоги до законодавчого процесу і закону, а також упорядкувати систему влади в Україні (як приклад, варіант конституційного законопроекту, про який було згадано вище [6]). На її основі повинен бути ухвалений органічний закон про закони і законодавчу діяльність, про необхідність якого неодноразово зазначали теоретики права ще з радянських часів, і який декілька разів приймала Верховна Рада України, однак він блокувався шляхом прези-

дентських вето. Це ще один наочний приклад того, як юридична техніка використовується в інтересах певних управлінських груп. Саме тому необхідним є конституційний референдум щодо нової редакції Конституції України як єдино конституційний і законний шлях в умовах, що склалися з 2004 р. у національному конституційному процесі; умовах, за яких не тільки звичайні закони, а й Основний Закон держави перетворився на проблемне джерело права.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. — Київ : Українська енциклопедія, 1999. — Т. 2: Д–Й. — 744 с.
2. *Ющик О. І.* Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О. І. Ющик. — Київ : Парламентське видавництво, 2004. — 519 с.
3. *Зивс С. Л.* Источники права / С. Л. Зивс. — М. : Наука, 1981. — 239 с.
4. *Лукьянова Е. А.* Закон как источник советского государственного права : дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Государственное право и управление; советское строительство; административное право; финансовое право» / Е. А. Лукьянова. — М., 1988. — 172 с.
5. *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права / Я. М. Магазинер ; отв. ред. д-р юрид. наук, проф. А. К. Кравцов. — СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. — 352 с.
6. *Формула демократії «Народ — Конституція — влада»*. 20-річчю Конституції України присвячується / О. Мороз, О. Ющик, О. Скрипнюк, М. Теплюк, Л. Супрун ; упоряд. О. Мороз, О. Ющик. — Київ : Парламентське видавництво, 2016. — 308 с.
7. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. — М. : Норма, 2001. — 752 с.
8. *Ющик А. И.* Дialeктика права / А. И. Ющик. — Киев : Ред. журн. «Право Украины»; Ін Юре, 2013. — Кн. 1: Общее учение о праве (Критический анализ общеправовых понятий). — Ч. II. — 768 с.
9. *Теплюк М. О.* Теоретико-правові основи введення закону в дію : монографія / М. О. Теплюк. — Київ : Парламентське видавництво, 2013. — 480 с.
10. *Сучасний* глумачний словник української мови: 65 000 слів / за заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В. В. Дубічинського. — Харків : Школа, 2006. — 1008 с.
11. *Денисов С. А.* Выражение интересов управленческих групп с помощью юридической техники // Проблемы юридической техники : сб. ст. / С. А. Денисов. — Н. Новгород, 2000. — С. 502–510.
12. *Регламент* Верховної Ради України. — Київ : Україна, 1994.
13. *Верховенство права*. Доповідь, схвалена Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 берез. 2011 р.). Доповідь № 512/2009, Страсбург, 4 квітня 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/CDL-AD\(2011\)003rev-ukr.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/CDL-AD(2011)003rev-ukr.pdf)
14. *Ющик О. І.* Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О. І. Ющик. — Київ, 1997. — 190 с.

#### REFERENCES

1. *Iurydychna entsyklopediia* [Legal encyclopedia], Kyiv: Ukrainska entsyklopediia, 1999, vol. 2, 744 p.
2. *Iushchik O. I.* Teoretychni osnovy zakonodavchoho protsesu [Theoretical bases of legislative process], Kyiv: Parlamentske vydavnytstvo, 2004, 519 p.
3. *Zivs S. L.* Istochniki prava [Sources of law], Moskva: Nauka, 1981, 239 p.
4. *Lukyanova E. A.* Zakon kak istochnik sovetskogo gosudarstvennogo prava [Law as source of the Soviet state law], Moskva, 1988, 172 p.
5. *Magaziner Ya. M.* Izbrannyye trudy po obshchey teorii prava [The chosen works according to the general theory of law], Sankt-Peterburg: Izdatelstvo R. Aslanova «Yuridicheskiy tsentr Press», 2006, 352 p.
6. *Formula demokratii «Narod — Konstytutsiia — vlada»*. 20-richchiu Konstytutsii Ukrainy prysviachuiet-sia [Democracy formula «The people — the Constitution — the power». Devoted to the 20<sup>th</sup> anniversary of the Constitution of Ukraine], Kyiv: Parlamentske vydavnytstvo, 2016, 308 p.

7. Alekseev S. S. Voskhozhdenie k pravu. Poiski i resheniya [Ascension to the law. Searches and decisions], Moskva: Norma, 2001, 752 p.
8. Yushchik A. I. Dialektika prava [The dialectics of law], Kiev: Red. zhurn. «Pravo Ukrainy»; In Iure, 2013, Book 1, Part II, 768 p.
9. Tepliuk M. O. Teoretyko-pravovi osnovy vvedennia zakonu v diiu [Theoretical and legal bases of introduction of the law to action], Kyiv: Parlamentske vydavnytstvo, 2013, 480 p.
10. Suchasnyi tлумachnyi slovnyk ukrainskoi movy: 65 000 sliv [Modern explanatory dictionary of Ukrainian: 65 000 words], Kharkiv: Shkola, 2006, 1008 p.
11. Denisov S. A. Vyrashenie interesov upravlencheskikh grupp s pomoshchyu yuridicheskoy tekhniki. [Expression of interests of administrative groups by means of the legal equipment], *Problemy yuridicheskoy tekhniki*, Nizhniy Novgorod, 2000, pp. 502–510.
12. Rehlament Verkhovnoi Rady Ukrainy [Regulations of the Verkhovna Rada of Ukraine], Kyiv: Ukraina, 1994.
13. Verkhovenstvo prava. Dopovid, skhvalena Venetsiiskoiu komisiieiu na 86-mu plenarnomu zasidanni (m. Venetsiia, 25–26 bereznia 2011 r.). Dopovid № 512/2009, Strasburh, 4 kvitnia 2011 r. [Rule of law. The report, approved by the Venetian commission at the 86<sup>th</sup> plenary meeting (Venice, on March 25–26, 2011). Report № 512/2009, Strasbourg, April 4<sup>th</sup> 2011] Available at: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/CDL-AD\(2011\)003rev-ukr.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/CDL-AD(2011)003rev-ukr.pdf)
14. Iushchik O. I. Pravova reforma: zahalne poniattia, problemy zdiisnennia v Ukraini [Legal reform: the general concept, implementation problems in Ukraine], Kyiv, 1997, 190 p.

**Теплюк М., Ющик О. До проблеми якості закону України як джерела права**

**Анотація.** У статті йдеться про закони України як форму вираження правових норм (джерела права). Звертається увага на те, що джерелом права є акт законодавця у значенні юридичної дії, в єдності його нормативного змісту і форми. Аналізуються деякі аспекти вітчизняної практики формування масиву таких джерел права, як закони України, використання юридичної техніки в інтересах певних управлінських груп, а не верховенства права.

**Ключові слова:** джерело права, закон, законодавчий акт, чинність закону, введення закону в дію, правовий акт, правова норма, гіпотеза, диспозиція, санкція, юридична техніка, верховенство права.

**Теплюк М., Ющик А. К проблеме качества закона Украины как источника права**

**Аннотация.** В статье идет речь о законах Украины как форме выражения правовых норм (источники права). Обращается внимание на то, что источником права является акт законодателя в значении юридического действия, в единстве его нормативного содержания и формы. Анализируются некоторые аспекты отечественной практики формирования массива таких источников права, как законы Украины, использования юридической техники в интересах определенных управленческих групп, а не верховенства права.

**Ключевые слова:** источник права, закон, законодательный акт, действие закона, введение закона в действие, правовой акт, правовая норма, гипотеза, диспозиция, санкция, юридическая техника, верховенство права.

**Tepliuk M., Yushchuk O. As to the Problem of a Quality of the Law of Ukraine as a Source of Law**

**Annotation.** The article is about the laws of Ukraine as a form of expressing the legal norms (sources of law). An attention is drawn to the fact that a source of law is an act of a legislator in a sense of a legal action, in a unity of its normative content and form. There are analyzed some aspects of the national practice of making the array of such sources of law as the laws of Ukraine, the use of a legal technique in the interests of certain administrative management groups, but not in the interests of the rule of law.

**Key words:** source of law, law, legislative act, to be in force, putting the law in force, legal act, legal norm, hypothesis, disposition, sanction, legal technique, rule of law.

## СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ



### **Р. ТОПОЛЕВСЬКИЙ**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права,  
конституційного та міжнародного права  
Львівського державного університету  
внутрішніх справ*

**В**арто зазначити, що сама дискусія щодо співвідношення понять «форма права» і «джерело права», яка мала суттєве значення у межах радянської юриспруденції, в сучасній українській юридичній науці, на нашу думку, практично вичерпалася. Дослідники, які повертаються до цих питань, переважно роблять це у межах огляду історії дослідження джерел права, передусім юридичних (або формальних).

Значно більший інтерес у тематиці сучасних досліджень джерел права викликає зв'язок джерел права з відповідною концепцією праворозуміння. Не менш значущим залишається обговорення проблематики різноджерельності права і спроби розкриття змісту й сутності цієї концепції, а також вивчення як сучасного стану системи джерел права, так і намагання спрогнозувати її розвиток.

Мета статті — з'ясувати основні закономірності засад функціонування сучасної системи джерел права України та здійснити футурологічний прогноз розвитку системи джерел права на найближчі десятиліття.

Протягом останніх років проблема джерел права становила значний інтерес для вітчизняних науковців. Йдеться не лише про дослідження окремих джерел права (наприклад, М. Мочульська,

В. Семків — правова доктрина [1], І. Овчаренко — закон [2]) чи дослідження, спрямовані на формування цілісної концепції системи джерел права [3] або розвиток концепції «різноджерельності» права [4], а й пошук нових аспектів теорії джерел права, наприклад, щодо місця у системі джерел права актів «м'якого права» [5].

Для цілей цієї статті юридичні джерела права будемо розуміти як специфічну форму «закріплення та організації в конкретному суспільстві інформації про загальнообов'язкові правила поведінки (норми права), притаманні конкретній історичній епосі» [6, 9].

Таким чином, джерела права подаватимуться саме в юридичному (формальному) значенні, якщо не вказано інше, однак із врахуванням тих наслідків, які випливають з їх інформаційної природи.

Зазначимо, що джерела права є специфічними інформаційними носіями. Наприклад, С. Явич вважає за можливе інтерпретувати правові встановлення як команди, сигнали, що містять специфічну інформацію [7, 133]. Отже, джерела права несуть певну інформацію про те, що в суспільстві є загальнообов'язковим, незалежно від способу виникнення цієї інформації. Ця загальнообов'язковість може обґрунтувати

тися по-різному. Джерела права становлять інформаційні (символічні) матриці дійсності і діяльності, «згустки» правової інформації, які задають загальнообов'язкові соціальні норми поведінки.

Сам підхід до поділу джерел права на прямі та непрямі, первинні та вторинні або обов'язкові і переконливі [8, 154], безперечно, є необхідним, оскільки дозволяє виявити ступінь їхньої обов'язковості. Однак, на нашу думку, такий поділ недостатньо виявляє наявність дещо складніших зв'язків джерел права, пов'язаних із тим, як у процесі взаємодії в межах системи джерел права вони породжують правову матерію, за допомогою якої регулюються суспільні відносини. Внаслідок цього можна виокремити базові (фундаментальні), обов'язкові (загальні) та допоміжні (забезпечувальні) джерела права [6, 16].

Розглядаючи джерела права як «резервуари», спеціально структуровані «згустки» інформації, як рекомендована, зобов'язана, заборонена чи припустима поведінка суб'єктів правовідносин, слід враховувати, що саме суди (національні чи міжнародні) є остаточним арбітром спорів щодо того, що саме є правом у відповідних юридично значущих ситуаціях; саме позиція судів, де саме шукати правові норми, правовий матеріал, інакше кажучи, що саме є джерелом права та одним з елементів формування уявлення суспільства як про правову систему загалом, так і про визначення структури системи джерел права зокрема.

У зв'язку з цим систему джерел права доцільно розглядати як сукупність всіх форм юридичного закріплення й організаційного забезпечення інформації про загальнообов'язкові правила поведінки (юридичні норми) у сукупності їх взаємозв'язків (генетичних, структурних і функціональних), через які об'єктивуються норма-

тивні приписи галузі права, нормативні складові національної або регіональної (наднаціональної) правової системи чи міжнародного правопорядку [6, 11], контроль за якими здійснюється судовими органами з урахуванням змісту основоположних принципів права.

Слід, однак врахувати, що саме формування джерел права, зокрема в країнах романо-германського типу правових систем, традиційно лежить на інших юридичних інституціях. Так, загальновідомо, що саме визнання парламентського суверенітету в європейських країнах внаслідок обмеження суверенітету монарха (в деяких державах цілком радикального обмеження) призвело до примату закону (і нормативно-правового акта загалом) у системі джерел права. Втім, попри загальне визнання правниками цього положення, деякі дослідники вказували, що такий примат має лише формальний і декларативний характер. Натомість функціонування системи джерел права, на їхню думку, неможливе без інших джерел права.

Йдеться не лише про нормативно-правові договори та судові прецеденти (передусім міжнародних судових органів), які стали суттєвим способом уніфікації правового матеріалу різних держав, а й про такі допоміжні джерела права, як правова доктрина, принципи права, корпоративні акти, акти «м'якого права» тощо.

Їхнє залучення до формування уявлень про зміст правової норми, яка має відповідати конкретній ситуації, безперечно, відрізняється. Однак слід зазначити, що в численних випадках неможливо ні з'ясувати зміст норми, ні застосувати її без врахування цих допоміжних джерел права. Найбільш яскравим прикладом є залучення правової доктрини для тлумачення і застосування принципу верховенства права, зазначеного у ст. 8 Конституції України.

Сама система джерел права має динамічний характер, а зміни її змісту

випереджає усвідомлення його як з боку суспільства, так і з боку такої професійної групи, як юристи. Інакше кажучи, образ права, який міститься у свідомості юриста, відстає від його реального змісту. Цей ефект «відставання правових знань» потрібно враховувати, зокрема, під час правозастосування.

Інший цікавий ефект у системі джерел права породжує визнання міжнародно-правових договорів частиною національної системи джерел права («національного законодавства» за ст. 9 Конституції України) з делегуванням права тлумачення міжнародним судовим органам, наприклад, надання Європейському суду з прав людини (далі — ЄСПЛ, Суд) права тлумачити Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). Фактично в системі джерел права виникає «ефект дзеркала», коли саме джерело права (а у випадку ЄСПЛ і його прецедентна практика) відображаються у системі джерел права України, стають його частиною, однак сама держава змінити їхній зміст не може. У випадку з Конвенцією «ефект дзеркала» посилюється тим, що тлумачення її норм Судом прямо чи опосередковано впливає на зміст статей розділу 2 Конституції України. Це пов'язано з тим, що доки ми визнаємо чинність Конвенції, доти вважаємо, що її зміст не суперечить змісту відповідних статей Конституції України. Здійснюючи тлумачення, ЄСПЛ опосередковано змінює зміст статей Конституції України, які мають свої відповідники в Конвенції.

Система джерел права України протягом останніх десятиліть зазнає інтенсивного розвитку. Вважаємо, що слід переходити від етапу кількісного зростання системи джерел права до етапу стабілізації та підвищення якості правового матеріалу. Йдеться не лише про планування нормотворчої діяльності, хоча її якість значною мірою зале-

жить від політичних інтересів, іноді на шкоду ефективності правової системи. Таким чином, вважаємо за доцільне сформувати систему оцінки ефективності як системи джерел права загалом, так і окремих джерел права зокрема. У свою чергу, це становитиме суттєвий внесок у розвиток такого напрямку правових знань, як «акмеологія правової системи» (система прийомів і засобів оцінки ефективності правової системи та її структурних елементів).

Водночас у системі джерел права України залишається низка невирішених питань. Спробуємо окреслити деякі з них.

Так, продовжують діяти галузеві нормативно-правові акти, які потребують переосмислення та прийняття нових актів, завдяки чому відбувалося б оновлення галузей законодавства. Йдеться, зокрема, про необхідність прийняття нового Кодексу України про адміністративні правопорушення, який би усунув неоднозначності у підходах до санкцій, а також цілісно врахував би сучасні досягнення науки адміністративного права та адміністративного процесу. Очікує своєї черги на оновлення головного галузевого нормативно-правового акта трудове законодавство. Очевидно, що прийняття Трудового кодексу України супроводжуватиметься суттєвими суспільними дискусіями, що можна очікувати в тих ситуаціях, коли новий підхід до правового регулювання відповідних правовідносин зачіпає протилежні інтереси значних соціальних груп. Суттєві зміни мають відбутися у регулюванні земельного законодавства. Очевидно, що і тут зміна правового регулювання залежатиме від прийняття кодифікованого правового акта, який комплексно регулюватиме питання права приватної власності на землю. Подібна ситуація у сфері законодавства про охорону здоров'я. Ще одна суттєва позиція щодо змін у системі законодавства, яку неодноразово висловлювали українські

правники, — це необхідність уніфікації процесуальних кодексів. Таким чином, потрібне удосконалення та оновлення системи галузевих нормативно-правових актів. Адже саме вони визначають основні засади та особливості функціонування правової системи України.

Суттєві зміни відбуваються у сфері правового регулювання боротьби з корупцією. Поки що недостатньо підстав для виокремлення самостійної антикорупційної галузі законодавства (наприклад, за зразком податкової галузі законодавства), однак існує нагальна потреба в кодифікації правового матеріалу, що регулює цю сферу.

Підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі — ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [9], викликало необхідність суттєвої перебудови того нормативно-правового матеріалу, який стосується сфери регулювання правом ЄС. Хоча це поки що не означає автоматичного визнання правових актів ЄС як частини національної системи джерел права, однак існує суттєвий обсяг нормативно-правового матеріалу ЄС, який має бути належним чином опрацьований українськими правниками і вбудований у систему джерел права України.

Варто зазначити про тенденцію до зростання ролі судової практики. Якщо традиційно у вітчизняній юриспруденції в ролі квазіджерел права (зі спорами щодо обов'язковості) розглядалися акти узагальнення судової практики вищих судових органів (постанови пленумів), то в подальшому роль судової практики посилилася завдяки впливу актів тлумачення Конституційного Суду України (далі — КСУ) і визнанню як джерел права прецедентів ЄСПЛ. Суттєвий вплив також здійснило формування Єдиного державного реєстру судових рішень і надання відкритого доступу до нього всім громадянам.

Водночас подальше зростання ролі судової практики неможливе без формування оглядів судової практики на відповідні теми правниками-науковцями і правниками-практиками. Варто зазначити також майбутній вплив на уніфікацію судової практики і, відповідно, на правозастосування судової реформи 2016 р., наслідком якої стало відновлення провідної ролі Верховного Суду України (далі — ВСУ) в системі судів загальної юрисдикції та надання громадянам права на звернення з конституційною скаргою до КСУ. Можна очікувати, що ВСУ традиційно прийматиме постанови пленуму як узагальнення судової практики, а також, що вплив діяльності КСУ за результатами розгляду конституційних скарг громадян матиме специфічний характер. Імовірно, такі рішення з часом набудуть прецедентного характеру. Варто зазначити, що опосередкований вплив прецедентного права ЄС на систему джерел права України поступово посилюватиметься.

Окрім аналізу сучасного стану системи джерел права України викликає інтерес імовірний розвиток системи джерел права у віддаленому майбутньому. У межах юридичної футурології ставиться питання про те, яким чином право існуватиме в майбутньому. Одна з позицій передбачає суттєве зниження ролі держав у правовому регулюванні (аж до заміни його недержавним правом) [10, 32]. Спробуємо поглянути на перспективи розвитку системи джерел права крізь футурологічну призму.

Протягом останніх десятиліть у правових системах романо-германського типу відбулося значне зростання впливу судової практики на систему джерел права. Здійснюючи екстраполяцію, можна зробити прогноз, що ця тенденція збережеться і в майбутньому, зокрема саме внаслідок зменшення ролі традиційних нормотворчих інституцій. Крім того, процеси глобалізації породжують ситуацію, коли нормативно-

правові договори корегують або скасовують низку національних нормативно-правових актів. Дуже виразно ці процеси відбуваються у межах ЄС. Водночас сучасна криза в ЄС ставить перед державами-членами виклики, відповідь на які, ймовірно, включатиме і посилення можливості громадян цих держав більш активно впливати на правові акти, які приймаються безпосередньо органами ЄС.

Варто зазначити і про таку тенденцію, як посилення ролі правової доктрини. Втім, якщо для деяких правових інституцій посилення на правову доктрину має звичний характер [1, 126–127], наприклад, для Конституційного Суду Німеччини, Конституційного Суду Австрії, ЄСПЛ, Європейського Суду Справедливості, то для інших, це поки що виняток. Однак спостерігається тенденція до посилення використання правової доктрини не лише у правотворчості чи тлумаченні норм права, а й у правозастосуванні. Вона характерна і для української судової системи.

Суттєвим напрямом зміни системи джерел права є посилення ролі і значення актів «м'якого права» [5, 12]. Якщо тривалий час акти, які містять рекомендаційні норми, були характерні саме для міжнародного права, то протягом останніх років вони почали досліджуватись як акти національних систем джерел права. Їхньою перевагою є впровадження необхідного правового регулювання поступово, без надмірних зусиль і санкцій за недотримання відповідних рекомендаційних норм. Таким чином, зменшується ціна правового регулювання для суспільства. З часом, коли правове регулювання за допомогою рекомендаційних норм стає звичним для суспільства, вони перетворюються в обов'язкові норми.

Окремої уваги потребує тенденція індивідуалізації правового регулювання через договори. Існують протилежні позиції щодо того, чи вважати правові договори, які укладаються між суб'єк-

тами права і є обов'язковими лише для них, джерелами права. Втім, очевидно, що індивідуальні правові договори не володіють такою ознакою, як нормативність, оскільки мають індивідуальний характер. Інша річ, масові типові правові договори. Йдеться передусім про ті договори, які укладаються у мережі Інтернет, коли особа погоджується з тим чи іншим правовим регулюванням, часто навіть не читаючи саму угоду. Очевидно, що саме через масовість такого регулювання породжується нова правова ситуація. Так, наприклад, користувачі соціальної мережі *Facebook* стикаються із вимогами підписаного договору, як правило, тоді, коли за порушення (реальне чи гадане) їм блокують доступ до їхнього запису. Практично *Facebook* встановлює правові норми, які хоча й мають корпоративний характер за походженням, однак за дією — глобальний. Іншим прикладом таких масових типових правових договорів можна назвати, наприклад, договір із ПриватБанком, який також можна укласти он-лайн. Подібним чином зростає кількість електронних сервісів, які для доступу потребують згоди користувача з певними нормами регулювання, а через його масовий характер створюється специфічне правове регулювання, яке можна назвати «клаптиковим». У цій ситуації відбувається згода особи з новими нормами, які поширюються лише на тих, хто дав згоду про обов'язковість цих норм для себе (часто навіть не ознайомлюючись із їхнім змістом). А через масовість он-лайн сервісів, якими користується або буде користуватися громадянин, можна говорити про появу цілого комплексу правових актів, обов'язкових для особи внаслідок її згоди.

Таким чином, оцінюючи сучасний стан системи джерел права України, можемо сказати, що за період існування вона зробила якісний стрибок у своєму наповненні і функціонуванні. Якщо на первинному етапі розвитку

система джерел права України мала значною мірою хаотичне наповнення, то на сьогодні рівень випадковості прийняття нормативно-правових актів дещо знизився, хоча й не зник цілковито. Втім, навряд чи це заслуга саме законодавчого органу. Передусім це викликано самою логікою формування системи джерел права України. Загалом можна виокремити такі особливості її подальшого становлення:

1) кристалізація галузей законодавства навколо законодавчих актів не лише первинних галузей (цивільного, кримінального, господарського — матеріальних і процесуальних), а й новітніх похідних (зокрема, податкового та антикорупційного);

2) рух у напрямку систематизації адміністративної галузі законодавства — частково успішне, завдяки прийняттю Кодексу адміністративного судочинства України та менш успішне, внаслідок необхідності оновлення змісту та ролі в системі джерел права Кодексу України про адміністративні правопорушення;

3) необхідність приведення значної кількості нормативно-правових актів України у відповідність до права ЄС;

4) зростання ролі судової практики як потенційно забезпечувального джерела права; однак ця можливість безпосередньо залежить як від ефективності пошукової системи Єдиної державної системи судових рішень, так і від пози-

ції ВСУ та КСУ з новими повноваженнями за результатами судової реформи 2016 р.;

5) необхідність перегляду галузевих нормативних центрів таких галузей законодавства, як трудове, земельне, медичне.

У межах юридичної футурології пропонуємо такий прогноз розвитку системи джерел права на найближчі десятиліття:

1) посилення інтеграції підсистем джерел права, зокрема завдяки зменшенню ролі нормативно-правових актів і передусім за рахунок судових прецедентів та міжнародно-правових актів;

2) зростання ролі правової доктрини як інструмента уточнення змісту чинних джерел права або обґрунтування необхідних змін правового матеріалу у зв'язку з тенденцією до підвищення стабільності підсистеми нормативно-правових актів;

3) посилення значення актів «м'якого права» внаслідок зменшення категоричності правових вимог та збільшення ефективності рекомендаційних норм як засобу поступового наближення до бажаного формату правового регулювання;

4) зростання ролі типових електронних договорів (аж до виокремлення їх як специфічного виду джерел права), які укладаються у мережі Інтернет, породжуючи, у свою чергу, «клаптикове» правове регулювання.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Мочульська М. Є. Правова доктрина в континентальній правовій системі / М. Є. Мочульська, В. О. Семків. — Львів : Світ, 2015. — 432 с.
2. Овчаренко І. М. Закони у системі джерел (форм) права та їх класифікація : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / І. М. Овчаренко. — Харків, 2004. — 19 с.
3. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології / Н. М. Пархоменко. — Київ : Юридична думка, 2008. — 336 с.
4. Корчевна Л. О. Проблема різноджерельного права: дослід порівняльного правознавства / Л. О. Корчевна. — Київ : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — 360 с.
5. Шалінська І. В. Акти «м'якого права» у системі джерел права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / І. В. Шалінська. — Львів, 2015. — 20 с.
6. Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Р. Б. Тополевський. — Харків, 2004. — 19 с.



7. Явич Л. С. Общая теория права / Л. С. Явич. — Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1976. — 288 с.
8. Загальна теорія права : підруч. / за заг. ред. М. І. Козюбри. — Київ : Ваіте, 2015. — 392 с.
9. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони // Офіційний вісник України. — 2014. — № 75. — Ст. 2125.
10. *The Law of the Future and the Future of Law* / S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman and L. Kistemaker (ed.). — The Hague : Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012. — Vol. II. — 504 p.

#### REFERENCES

1. Mochulska M. Іe., Semkiv V. O. Pravova doktryna v kontynentalnii pravovii systemi [The legal doctrine in continental legal system], Lviv: Svit, 2015, 432 p.
2. Ovcharenko I. M. Zakony u systemi dzherel (form) prava ta ikh klasyfikatsiia [Laws in system of sources (forms) of the law and their classification], Kharkiv, 2004, 19 p.
3. Parkhomenko N. M. Dzherela prava: problemy teorii ta metodolohii [Sources of law: problems of the theory and methodology], Kyiv: Iurydychna dumka, 2008, 336 p.
4. Korchevna L. O. Problema riznodzherelnoho prava: doslid porivnialnoho pravoznavstva [Problem differently source law: experience of comparative jurisprudence], Kyiv: Instytut derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy, 2004, 360 p.
5. Akty «miakoho prava» u systemi dzherel prava [Acts of «the soft law» in system of sources of law], Lviv, 2015, 20 p.
6. Topolevskiy R. B. Systemni zviazky iurydychnykh dzherel prava [System communications of legal sources of law], Kharkiv, 2004, 19 p.
7. Javich L. S. Obshhaja teoriija prava [The general theory of law], Leningrad: Izdatelstvo Leningradskogo universiteta, 1976, 288 p.
8. Zahalna teoriia prava [The general theory of law], Kyiv: Vaite, 2015, 392 p.
9. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Ievropeiskym Soiuzom, Ievropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i ikhnimy derzhavamychlenamy, z inshoi storony [Agreement on association between Ukraine, on the one hand, and European Union, European Community on Atomic Energy and their state members, on the other hand], *Ofitsiyni visnyk Ukrainy*, 2014, no. 75, vol. 1, Article 2125.
10. *The Law of the Future and the Future of Law*. The Hague: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, vol. II, 504 p.

#### Тополевський Р. Система джерел права України: сучасний стан і перспективи розвитку

**Анотація.** Стаття спрямована на з'ясування основних тенденцій функціонування сучасної системи джерел права України. Зроблено спробу здійснити футурологічний прогноз розвитку системи джерел права на найближче майбутнє. Автор вказує на особливу інформаційну ознаку джерел права. З'ясовано вплив актів «м'якого права» на систему джерел права. Висвітлено роль електронних типових договорів як нетрадиційних джерел права.

**Ключові слова:** джерела права, система джерел права, футурологія права.

#### Тополевский Р. Система источников права Украины: современное состояние и перспективы развития

**Аннотация.** Статья направлена на выяснение основных тенденций функционирования современной системы источников права Украины. Сделана попытка осуществить футурологический прогноз развития системы источников права на ближайшее будущее. Автор указывает на особый информационный признак источников права. Охарактеризовано влияние актов «мягкого права» на систему источников права. Освещена роль электронных типовых договоров как нетрадиционных источников права.

**Ключевые слова:** источники права, система источников права, футурология права.

#### Topolevskiy R. The System of Legal Sources of Ukraine: Current Situation and Prospects for the Development

**Annotation.** The article clarifies the main trends of a modern system of legal sources of Ukraine. It is carried out forecast about development of legal sources in context of legal futurism. The author points special information kind of legal sources. It is showed the influence of «soft law» acts as a part of the system of legal sources. The article clarifies the role of electronic standard contracts as unconventional sources of law.

**Key words:** legal sources, the system of legal sources, legal futurism.

## СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ



**Б. МАЛИШЕВ**  
*доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри теорії права та держави  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

Судова реформа, яка нині триває в Україні, є фактично черговою спробою зробити вітчизняне правосуддя таким, яким від нього чекає суспільство: справедливим вирішенням правових спорів на основі законів та міжнародно-правових стандартів. Однак її відрізняють особливі риси: 1) вперше істотно змінено відповідні норми Конституції України; 2) вперше маємо реальну залученість представників громадськості як на стадії підготовки відповідних законопроектів, так і на стадії реалізації положень нового закону. Прикладом є діяльність Громадської ради доброчесності, яка відіграє важливу роль при відборі кандидатів на посади суддів; 3) істотне збільшення заробітної плати суддям і членам органів, які мають безпосередній стосунок до судової влади — Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради правосуддя.

Нині важко казати навіть про перші результати початкового етапу реформи, втім, ця стаття буде присвячена явищу, яке тісно пов'язане як із результатом судової реформи, так і з правами людини, а саме: місцю судової правотворчості у системі форм сучасного права України.

Це питання — досить актуальне, і жваво обговорюється на сторінках

наукових видань та на численних конференціях ще з початку 2000-х років. Водночас на сьогодні відсутня домінуюча думка серед науковців і практиків стосовно судової правотворчості у структурі вітчизняного правосуддя.

Чинна редакція нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у цьому аспекті є досить консервативною і нічого оригінального не каже про судову правотворчість, обмежуючись тим, що уповноважує суди різних інстанцій вивчати судову практику та здійснювати її узагальнення.

Втім, незважаючи на збільшення кількості досліджень, у теорії права й досі немає внутрішньо несуперечливого та цілісного розуміння судової правотворчості, яке було б викладене у системі понять і категорій. Крім того, вивчення судової правотворчості часто підміняється вивченням судового прецеденту, який є лише однією з її зовнішніх форм, або судовою практикою, яка взагалі являє собою окреме правове явище.

Розгляд судової правотворчості варто почати з констатації, що вона є різновидом правотворчості загалом. Як відомо, правотворчістю вважають спеціальну діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування чи народу (шляхом проведення референдумів), спрямовану на вста-

новлення, зміну або скасування норм права.

Отже, неодмінною умовою процесу правотворчості є його спрямованість на зміст норми права: він або встановлюється, або змінюється, або скасовується. Принагідно зауважимо, що скасування норми права є такою самою правотворчістю, як і створення нової, адже в обох випадках йдеться про очевидне внесення змін до системи норм права, зміну правового регулювання. Тому є безпідставною позиція, яку поділяють деякі вчені, що рішення судів із визнання незаконними або неконституційними тих чи інших норм права не є правотворчістю.

Зважаючи на це, судову правотворчість потрібно розуміти як специфічну діяльність органів судової влади, в результаті якої встановлюються, змінюються або скасовуються юридичні норми.

Судова правотворчість має особливості, які полягають, по-перше, у тому, що її суб'єктами є суди як органи державної влади, від імені яких діють судді, що входять до складу певного суду.

По-друге, судова правотворчість є додатковою функцією суду, адже головним призначенням його діяльності є розгляд правових спорів шляхом правозастосування й ухвалення відповідних індивідуально-правових актів, а не створення нових норм шляхом правотворчості. Власне кажучи, саме у цьому здебільшого проявляється зазначена нами вище «специфічність» правотворчої діяльності судової влади.

По-третє, судова правотворчість має бути санкціонована з боку вищого представницького органу державної влади, як правило, шляхом видання спеціального закону (або мовчазної згоди парламенту і своєрідним правовим звичаєм).

Результатом будь-якого процесу правотворчості є видання певного акта, який містить норму права й у теорії права кваліфікується як форма права.

І з теоретичного, і з практичного погляду, центральним у тематиці судової правотворчості є питання про те, які саме акти судової влади мають правотворчий характер. Стандартною та цілком правильною відповіддю є таке твердження: правотворчі акти — це акти, що містять норми права. Однак якщо брати до уваги лише змістовну ознаку (наявність в акті судової влади певного загальнообов'язкового правила поведінки), то багато з актів судової влади потенційно можна віднести як до правозастосування, так і до правотворчості, оскільки правотворча функція суду є невід'ємною від функції розгляду справ.

Цю думку підтверджує перебіг наукової дискусії, що триває з радянських часів щодо статусу рішень вищих судових інстанцій з так званих «складних» або «принципових» справ, які публікуються у спеціалізованих виданнях або розсилаються нижчим судам у вигляді інформаційних листів. Так, одна група вчених наполягає на тому, що якщо законодавчо жодним чином не закріплено обов'язковість таких рішень, то вони не є актами правотворчості, а отже, не є формою права. Інші вчені вказують на те, що такі рішення фактично мають обов'язковий характер для нижчих судів, що підтверджується емпіричною реальністю, коли нижчі суди майже завжди враховують позиції вищих судових інстанцій, сформульовані у подібних своєрідних «рішеннях-зразках».

Цікаво, що навіть опоненти визнання за такими рішеннями статусу акта правотворчості не заперечують особливий переконуючий авторитет зазначених рішень, а також те, що вони містять певні «правоположення» (але не повноцінні норми), які виникли внаслідок конкретизації норм законодавства і виходять за межі тлумачення норм права.

Зауважимо, що у цій дискусії не може бути кінця, адже одні вчені опе-

рують аргументами юридичної теорії, а їх опоненти — аргументами юридичної практики.

Тому виникає питання стосовно критеріїв, згідно з якими можна було б чітко кваліфікувати певне положення судового акта або як норму права, або лише як результат тлумачення. Дуже часто в ролі критеріїв називаються досить аморфні за своїм юридичним змістом категорії, які більше схожі на гру слів, аніж на матеріал, з якого має будуватися юридична аргументація. Маємо на увазі такі формулювання, як «нова інформація про правову норму», «розширення меж знань про норму», «нові регулятивні моменти» тощо.

Серед вказаних вище ознак судової правотворчості згадано санкціонованість з боку вищого представницького органу державної влади. З огляду на це, вважаємо, що єдиним правильним підходом до вирішення проблеми розмежування правотворчих і правозастосовних актів судової влади є не аналіз положень акта судової влади, а факт наявності чи відсутності у такого акта визнаного державою загальнообов'язкового характеру. Такий критерій має об'єктивний характер, на відміну від суб'єктивних і умоглядно-політологічних критеріїв, які базуються на характеристиках змісту акта судової влади.

За суб'єктами судова правотворчість поділяється на два види: 1) здійснюється судами загальної юрисдикції; 2) здійснюється судом конституційної юрисдикції.

Акти судової правотворчості є доволі різноманітними: 1) судовий прецедент; 2) квазіпрецедент; 3) нормативно-правовий акт органу судової влади. Спільною ознакою для них є походження від судового органу й загальнообов'язковий характер, який, власне, і доводить факт здійснення цими актами загального рівня правового регулювання, на відміну від правозастосовних,

які здійснюють лише індивідуальне правове регулювання і не можуть братися до уваги у дослідженні судової правотворчості.

Нижче розглянемо кожен з вказаних форм права, створених судовою владою, та визначимо, які з них присутні у сучасній правовій системі України.

1. У судових прецедентах міститься норма права, яка виникає у процесі вирішення судом конкретної справи і є побічним результатом здійснення правосуддя, а отже, норма завжди міститься у мотивувальній частині рішення суду.

На сьогодні законодавством України певним рішенням Верховного Суду надано загальнообов'язковий статус. Йдеться про рішення, ухвалені за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах (ст. 360<sup>7</sup> Цивільного процесуального кодексу України, ст. 244<sup>2</sup> Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 111<sup>28</sup> Господарського процесуального кодексу України, ст. 458 Кримінального процесуального кодексу України). У перелічених нормах процесуальних кодексів встановлено, що вказані судові рішення Верховного Суду є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень і судів. Фактично це означає їх загальнообов'язковість. За таких умов зазначені рішення Верховного Суду можна розглядати як своєрідні судові прецеденти.

Втім, у зв'язку зі зміною Конституції України, до Верховної Ради України Президентом України нещодавно було внесено нові редакції всіх процесуальних кодексів, крім Кримінального процесуального (в який пропонується внести точкові зміни), оскільки на час написання цієї статті проект не ухвалено, нині складно сказати, чи збережуться згадані вище конструкції в остаточ-

них варіантах текстів процесуальних кодексів.

2. У нормативно-правових актах судової влади (у вигляді роз'яснення норм або встановлення загально-обов'язкових процесуальних правил) норми права являють собою не результат вирішення конкретної справи, а наслідок цілеспрямованої правотворчої діяльності вищих судових органів. Характерною рисою цих норм є те, що їх формулювання здійснюється або на підставі узагальнення практики вирішення певної категорії спорів, або вони являють собою процесуальні правила розгляду спорів, повноваження щодо встановлення яких вищими судовими інстанціями передбачено законом.

На сьогодні подібних актів судової правотворчості у правовій системі не існує.

3. У квазіпрецедентах міститься норма права, яка виникає у випадку позитивного вирішення судом (зокрема й Конституційним Судом України (далі – КСУ)) справ зі скасування незаконного нормативно-правового акта або надання офіційного тлумачення, а отже, норма права завжди міститься у резолютивній частині рішення суду і є фактично основним результатом його діяльності в межах вирішення певної справи.

Квазіпрецеденти є судовими прецедентами за якісними характеристиками норми права, що в них міститься. Адже остання не може вважатися прецедентною, оскільки являє собою не принцип вирішення спору, а мету діяльності суду, яка оформлюється у резолютивній частині рішення.

Інакше кажучи, процес створення прецедентної норми є побічним актом судового вирішення звичайного спору, в той час як квазіпрецедентна норма виникає внаслідок: а) ухвалення КСУ рішення, єдиною метою якого є офіційна інтерпретація положення Конституції; б) ухвалення КСУ або адміністративним судом рішення, єдиною

метою якого є визнання невідповідності одного нормативно-правового акта (або його частини) іншому, більш вищому за ієрархією.

Об'єктивна необхідність категорії «квазіпрецедентне право» обумовлена тим, що зазначені рішення КСУ та адміністративних судів не можна віднести до жодної з двох визначених нами форм судової правотворчості. Причому у цьому випадку критерієм класифікації є характеристики норм права, які містяться в актах правотворчості судової влади.

Так, неможливість віднесення актів квазіпрецедентного права до нормативно-правового акта, виданого судом, пояснюється тим, що їх норми створюються у результаті судового розгляду спору.

У свою чергу, неможливість віднесення актів квазіпрецедентного права до судових прецедентів пояснюється так. Той факт, що норма права міститься у судовому рішенні, ще не дає підстав вважати її прецедентною, оскільки вона являє собою не принцип вирішення спору, а мету діяльності суду, яка оформлюється у резолютивній частині рішення.

Підсумовуючи, слід зазначити, що судова правотворчість не є породженням або особливістю функціонування окремих правових систем. Вона іманентно притаманна праву на всіх історичних етапах його розвитку. Адже основним призначенням права є розв'язання юридичних конфліктів за допомогою судових процедур.

Конкретні правові системи (або правові сім'ї) впливають лише на форми, види, структуру судової правотворчості, а також на юридичне значення її результатів. В одних правових системах судова правотворчість визнається офіційно, і тоді її результати набувають статусу повноцінного джерела (форми) права. В інших правових системах судова правотворчість може заперечуватись як на рівні ідеології, так

і на рівні положень законодавства, однак це не може завадити існуванню її в межах цих правових систем у латентній формі (у вигляді судової практики), і таким чином все одно впливати на суспільні відносини, бути правотворюючим фактором.

Правосуддя та судова правотворчість не містять у собі взаємовиключаючих елементів. Судова правотвор-

чість підкорена меті правосуддя (розв'язати правову суперечку на підставі закону та вимог принципів справедливості, рівності, свободи і гуманізму), і є одним зі шляхів її досягнення. Більше того, саме судова правотворчість здатна наповнити право у його конкретних проявах не тільки ідеями, а й конкретним змістом згаданих принципів.

#### **Малишев Б. Судова правотворчість у контексті судової реформи в Україні**

**Анотація.** У статті вказується, що на сьогодні в правовій системі України існує судова правотворчість у формі загальнообов'язкових рішень Верховного Суду, які мають багато спільних рис із судовим прецедентом, а також у формі квазіпрецедентів: а) рішень Конституційного Суду України з визнання нормативно-правових актів неконституційними та з офіційного тлумачення; б) рішень адміністративних судів зі скасування нормативно-правових актів на підставі їх невідповідності закону. Зроблено висновок, що правосуддя та судова правотворчість не містять у собі взаємовиключаючих елементів. Судова правотворчість підкорена меті правосуддя (розв'язати правову суперечку на підставі закону та вимог принципів справедливості, рівності, свободи і гуманізму), і є одним зі шляхів її досягнення.

**Ключові слова:** правова система України, судова правотворчість, судовий прецедент, квазіпрецедент.

#### **Малышев Б. Судебное правотворчество в контексте судебной реформы в Украине**

**Аннотация.** В статье указывается, что в настоящее время в правовой системе Украины существует судебное правотворчество в форме общеобязательных решений Верховного Суда, которые имеют много общих черт с судебным прецедентом, а также в форме квазіпрецедентов: а) решений Конституционного Суда Украины по признанию нормативно-правовых актов неконституционными и с официального толкования; б) решений административных судов по отмене нормативно-правовых актов на основании их несоответствия закону. Сделан вывод, что правосудие и судебное правотворчество не содержат в себе взаимоисключающих элементов. Судебное правотворчество подчинено цели правосудия (разрешить правовой спор на основании закона и требований принципов справедливости, равенства, свободы и гуманизма), и является одним из путей ее достижения.

**Ключевые слова:** правовая система Украины, судебное правотворчество, судебный прецедент, квазіпрецедент.

#### **Malyshev B. The Judicial Lawmaking in the Context of Judicial Reform in Ukraine**

**Annotation.** The article points out that at present in the legal system of Ukraine there is a judicial lawmaking in the form of generally binding decisions of the Supreme Court, which have many similarities to the judicial precedent, and also in the form of quasi-precedents: a) decisions of the Constitutional Court of Ukraine on the recognition of regulatory legal acts as unconstitutional and with official interpretation; b) decisions of administrative courts on the abolition of by-law regulations on the basis of their inconsistency with the statute. The conclusion is drawn that justice and judicial lawmaking do not contain mutually exclusive elements. Judicial lawmaking is subordinated to the goal of justice (to resolve a legal dispute on the basis of law and on the basis of the requirements of the principles of justice, equality, freedom and humanism), and is one of the ways to achieve it.

**Key words:** Legal system of Ukraine, judicial lawmaking, judicial precedent, quasi-precedent.

*II. Джерела галузей вітчизняного права:  
напрями модернізації*

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
ТЕОРІЇ ДЖЕРЕЛ  
КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ  
(аксіологічні, гносеологічні  
та онтологічні аспекти)**



**О. СКРИПНЮК**

*доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
заступник директора з наукової роботи  
Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України*



**О. БАТАНОВ**

*доктор юридичних наук, професор,  
провідний науковий співробітник  
відділу конституційного права  
та місцевого самоврядування  
Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України*

Сучасний етап розвитку теорії та практики вітчизняного конституціоналізму характеризується визнанням і реалізацією ідеї соціальної, правової держави, функціонально орієнтованої на демократичний розвиток усіх суспільно-політичних інститутів. При цьому основна мета стратегії конституційного будівництва полягає

у координації та спрямуванні усіх дій суб'єктів конституційно-правових відносин на досягнення політичних, правових, економічних і соціальних цілей та цінностей, зафіксованих у Конституції України.

У цьому контексті особливого значення набуває дослідження ролі, сутності, змісту, основних напрямів і форм

регулюючого впливу Конституції України та інших джерел конституційного права на розвиток і реформування найважливіших суспільних відносин, насамперед у сферах захисту прав людини, безпосередньої демократії, організації та діяльності державної влади й місцевого самоврядування, адміністративно-територіального устрою тощо. Це обумовлено тією обставиною, що, попри важливість і значення галузевого правового регулювання, формування та діяльність усіх інститутів демократичної, правової, соціальної держави перебуває у безпосередній залежності від змісту норм джерел конституційного права, ефективності їх реалізації.

Безумовно, у конституційно-правовій теорії проблематика джерел конституційного права не є абсолютно новою [1–10]. Втім, якщо в недалекому минулому вона пов'язувалася переважно з нормативно-правовими актами, їх ієрархією, класифікацією тощо, то питання щодо формування нових за сутністю, змістом і формою джерел конституційного права, їх ціннісного виміру та функціонально-телеологічної ролі, за деякими винятками [11], сьогодні залишаються за межами фундаментальних академічних досліджень. При цьому саме сучасне конституційне право найбільш виразно втілює доктрину різноджерельного права, першочерговими у якій є проблеми гетерогенності, комплементарності й ієрархії правових джерел [12]

Завдання створення демократичної, соціальної, правової держави та формування громадянського суспільства, поставлене в чинній Конституції України, викликає пильну увагу до всіх засобів правового регулювання. Формування суверенної державності об'єктивно вимагає якісних і змістовних змін у стані суспільних відносин та зв'язків у системі координат «людина — громадянське суспільство — держава».

Зростання ролі конституційно-правових засобів впливу пов'язане з основними тенденціями розвитку суспільства та держави, поглибленням їх цивілізаційних начал, в основі яких визнання людини, її життя, честі та гідності найвищою цінністю. Сучасні політичні й ринкові реформи неможливі без розгорнутого централізованого конституційно-правового забезпечення. Без цього не можна досягти ні зміцнення засад конституційного ладу, ні переходу до цивілізованого соціально-орієнтованого ринку, ні активної участі у процесах європейської міждержавної інтеграції.

Слід мати на увазі й те, що оновлення та розвиток законодавства, будучи невід'ємною частиною сучасної конституційної реформи в Україні, обумовлює інтерес до всіх форм об'єктивізації правових норм, насамперед до нормативних актів. При цьому треба зазначити, що норми конституційного права визначають систему джерел всіх галузей права, що є одним із проявів провідної ролі конституційного права у правовій системі.

Особливого звучання та значення питання щодо сутності, змісту, форми, системи, функцій, реалізації, строків дії тощо джерел конституційного права набули в умовах анексії Автономної Республіки Крим та збройної агресії з боку Росії в окремих районах Донецької і Луганської областей, посилення сепаратистських тенденцій, просування проектів так званої «Новоросії» та самопроголошення у 2014 р. терористичних квазідержавних утворень «Донецька народна республіка» та «Луганська народна республіка», інших дій та процесів, які посягають на засади конституційного ладу, порушують територіальну цілісність і недоторканність кордонів України.

У зв'язку з цим питання щодо поняття, сутності, змісту, основних напрямів і форм регулюючого впливу Конституції України та інших джерел



конституційного права на суспільні відносини у сучасних умовах, їх систематизації, тенденцій розвитку не викликає сумнівів.

Одним із найбільш дискусійних у теорії конституційного права є питання щодо визначення поняття «джерело конституційного права». На сьогодні у конституційно-правовій науці під джерелами права, як правило, розуміють зовнішню форму вираження (об'єктивації) конституційно-правових норм. Так, одним із перших у незалежній Україні джерела конституційного права почав досліджувати В. Мелашенко. Вчений розумів їх у матеріальному, політичному, соціально-психологічному і власне юридичному значенні як акти нормативного характеру, які містять норми конституційного права [13, 142]. Ці погляди були розвинені вітчизняними правознавцями на початку ХХІ ст.

Так, на думку В. Погорілка та В. Федоренка, джерела конституційного права України (у його юридичному значенні) — це зовнішня форма об'єктивації встановлених чи санкціонованих Українським народом або державою, чи суб'єктами місцевого самоврядування норм, які мають певну юридичну силу [14, 323]. Таке розуміння джерел конституційного права України отримало підтримку серед правознавців і на сьогодні є досить поширеним.

Однак багато вітчизняних учених-конституціоналістів продовжують дотримуватися традиційних формально-юридичних поглядів на джерела конституційного права. Наприклад, О. Фрицький вважає, що джерела конституційного права є формами, в яких воно виражається [15, 43–44].

Існують й інші погляди на зміст поняття «джерело конституційного права», що підтверджує тезу про багатоманітність цієї категорії. Так, наприклад, О. Васильченко вважає за доцільне терміном «джерело права» визначати одночасно змістовні (матеріальні) та

формальні зовнішні форми вираження юридичних правил. Під змістовними (сутнісними) джерелами нею розуміються різноманітні принципи: моральні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, ідеологічні. Під формальними джерелами права розуміються способи формування юридичних норм (прийоми й акти), за допомогою яких ці норми викликаються до життя, стають складовою позитивного права й набувають статусу норм закону. Під поняттям «джерело конституційного права» науковець розуміє спосіб існування найбільш суттєвих і загальних правил поведінки (зовнішня форма їх виразу), які володіють власними ознаками й регулюють постійні відносини конституційного характеру [1, 9].

Узагальнюючи існуючі на сьогодні погляди на джерела конституційного права України та їх визначення, можна зробити висновок, що категорія «джерело права» має декілька значень, які не завжди охоплюються матеріальними і формально-юридичними аспектами досліджуваної правової категорії. Під джерелом конституційного права можна розуміти дух Конституції України, історичні пам'ятки українського конституціоналізму та протоконституціоналізму, концепції, теорії та доктрини вітчизняної й зарубіжної конституційно-правової науки, національні традиції конституційного правотворення і правозастосовної діяльності, волю та інтереси суб'єктів конституційно-правових відносин, діяльність учасників конституційного процесу, юридичні форми закріплення та існування конституційно-правових норм, об'єктивне відтворення у матеріальному світі системи конституційного права тощо.

Водночас із метою уникнення термінологічної плутанини було б доцільно запропонувати найбільш оптимальне й сучасне визначення поняття джерел конституційного права України, яке б дозволило зрозуміти сутність і зміст цієї правової категорії та її практичне зна-

чення для конституційної правотворчої й правозастосовної діяльності.

На нашу думку, джерело конституційного права України — це правова форма закріплення та дієвого існування встановлених чи затверджених Українським народом, державою, суб'єктами місцевого самоврядування чи іншими учасниками конституційного правотворення відповідних галузевих норм, які мають юридичну силу і є обов'язковими для виконання.

Щодо юридичних властивостей джерел конституційного права України, то вони розкривають загальні та спеціальні юридичні ознаки цих галузевих джерел. Можна частково погодитися з О. Кутафіним, що загальні ознаки джерел конституційного права загалом збігаються з ознаками джерела права. По-перше, вони видаються у межах повноважень відповідних суб'єктів правотворчості; по-друге, мають відповідати нормативним положенням актів, що видані вищестоящими суб'єктами правотворчості; по-третє, нормативний акт набуває загальнообов'язкової сили, передумовою чого є, як правило, його оприлюднення чи інше передбачене законодавством доведення до відома виконавців [16, 168].

Водночас особливості джерел конституційного права України розкриваються насамперед у спеціальних ознаках цих джерел, які вказують на ті їхні юридичні особливості, що властиві виключно джерелам конституційного права, або найбільш рельєфно проявляються саме у них, зокрема:

1) за своєю сутністю виражають волю і політичні інтереси Українського народу, Української держави, територіальних громад, а також інших суб'єктів конституційного правотворення (парламентської більшості та опозиції), опосередковуючи владні відносини у суспільстві та державі;

2) за своїм змістом є загальнообов'язковими правилами владної поведінки та діяльності у суспільстві й

виступають основою для формування інших галузевих джерел права. Тобто вони закріплюють і надають відповідної юридичної сили та гарантії з боку держави об'єктивно існуючим нормам конституційного права України;

3) можуть бути представлені виключно правотворчими, а не правозастосовними нормами конституційного права. Тобто можна визнавати тільки ті формалізовані приписи, які наділені силою права — є загальнообов'язковими для виконання широким колом суб'єктів;

4) виражають виключно правомірні та легітимні волевиявлення і політичні інтереси відповідних суб'єктів конституційної правотворчості, які за змістом, формою та процедурою правотворчості не суперечать Конституції України;

5) є досить різноманітними і можуть класифікуватися за багатьма критеріями. У своїй взаємодії утворюють певну органічну систему — систему джерел конституційного права, складові елементи якої пов'язані генетичними, історичними, креативними, функціональними, структурними та іншими зв'язками.

Ці ознаки сучасних джерел конституційного права України не є вичерпними і їхнє коло може бути розширено. До того ж кожному виду джерел конституційного права України властиві свої, часто індивідуальні юридичні ознаки, які дають уявлення про сутність, зміст і форму того чи іншого джерела конституційного права України.

Такі концептуальні підходи до розуміння сутності джерел конституційного права та їх ознак дозволяють:

- обґрунтувати особливості конституційно-правової природи джерел конституційного права як актів публічно-владного волевиявлення Українського народу, Української держави, територіальних громад, а також інших суб'єктів конституційного правотворення (кратологічні параметри конституційної нормотворчості);

- ідентифікувати місце джерел конституційного права у правовій системі

суспільства (конститутивні параметри конституційної нормотворчості);

- стверджувати, що за своїм змістом джерела конституційного права є нормативною моделлю суб'єктно-об'єктних і функціональних характеристик суспільства та держави, в основі яких мають бути їх історичні, національно-культурні, соціально-економічні та інші особливості (онтологічні й функціонально-телеологічні параметри конституційної нормотворчості);

- розкрити конституційно-правову природу історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей і традицій Українського народу, вітчизняного державотворення та правотворення, показати їх функціонально-телеологічну роль і системоформуюче значення у процесі розробки, прийняття та реалізації джерел конституційного права, виявити діалектичний взаємозв'язок цих особливостей і традицій та новаторства у конституційній нормотворчості Українського народу, Української держави, територіальних громад, а також інших суб'єктів конституційного правотворення (аксіологічні параметри конституційної нормотворчості);

- зрозуміти сутність джерел конституційного права як актів нормативно-процесуально-процедурного характеру, які містять правове обґрунтування, норми, правила й процедури взаємодії між людиною та державою, органами і посадовими особами публічної влади, політичними та громадськими об'єднаннями, етнонаціональними, мовними й іншими меншинами, мають сприяти процесу формування та консолідації української нації, функціонування Українського народу — громадян України всіх національностей (процесуальні параметри конституційної нормотворчості);

- визначити джерела конституційного права як правових актів, що містять у юридичній формі характеристику закономірностей розвитку україн-

ської суверенної державності на основі здійсненого українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення з метою забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя, піклування про зміцнення громадянської злагоди на землі України тощо (вітальні параметри конституційної нормотворчості).

Дискусійним у конституційно-правовій теорії залишається питання щодо класифікації (систематизації, градації) джерел конституційного права. Традиційно в основі такого аналізу — порівняння юридичних властивостей, юридичної сили, строків, адресатів і території дії, функціональної та галузевої спрямованості, механізму розробки, прийняття і реалізації тих правових актів, які становлять систему джерел конституційного права, тощо.

Класифікація джерел конституційного права має не лише теоретичне, а й практично-прикладне значення. Зокрема, виявлення ієрархії джерел конституційного права дозволяє унеможливити виникнення колізій між відповідними джерелами конституційного права та упередити виникнення конституційних конфліктів і криз, деструктивний характер яких вкрай негативно впливає на сучасний конституційний процес.

У вітчизняній конституційно-правовій науці проблема класифікації джерел конституційного права почала досліджуватися з середини 90-х років ХХ ст. Зокрема, В. Мелашенко пропонував виокремлювати, з огляду на спосіб правотворчості, такі джерела конституційного права України: нормативні акти органів держави; нормативні акти громадських організацій; акти референдуму; санкціоновані державою правові звичаї, традиції; акти, що є результатом імплементації норм міжнародного права; угоди, договори, конвенції та інші акти, які Україна укладає з іншими державами; спільні акти державних органів і громадських організацій;

рішення сільських зібрань [13, 144]. Більшість вітчизняних правознавців загалом сприйняли зазначену класифікацію джерел конституційного права України й розвинули її в своїх працях.

Вітчизняні вчені-конституціоналісти розробили наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. комплексну класифікацію джерел конституційного права України, ґрунтуючись на положеннях про багатомірність їх системи. Зокрема, на думку В. Погорілка і В. Федоренка, джерела конституційного права різняться за характером (сутністю) волевиявлення, змістом, формою, територією дії, часом дії, чинністю, національною приналежністю тощо [14, 327]. Цей погляд загалом підтримують і розвивають у своїх працях й інші сучасні українські правознавці.

Так, О. Васильченко множинність і видову різноманітність джерел конституційного права України обґрунтовує широким колом суспільних відносин, які становлять предмет цієї галузі права, і відповідним комплексом завдань щодо забезпечення їх ефективного правового регулювання. Гетерогенність (неоднорідність) джерел конституційного права, на її думку, вимагає існування між ними відносин компліментарності (взаємодоповнювання). Поряд з іншими ці фактори дозволяють об'єднати усі джерела в одну систему — систему джерел вітчизняного конституційного права. Найважливішими ознаками системи джерел конституційного права України, вважає О. Васильченко, є такі: а) множинність форм вираження правових норм; б) ієрархічна підпорядкованість; в) пріоритет закону; г) зміна співвідношення внутрішньодержавного і міжнародного права; ґ) існування «нетрадиційних» (вторинних, додаткових) регуляторів [1, 10].

На наше переконання, основними критеріями класифікації сучасних джерел конституційного права України є їх сутність, зміст, форма та умови дієвості.

Основним критерієм розмежування джерел конституційного права України, безперечно, є їх характер, сутність. Іноді названий критерій ототожнюють із походженням джерел відповідної галузі права. Відповідно, до своєї сутності та походження джерела конституційного права України можна поділяти на такі, що виражають волю та інтереси Українського народу, держави, територіальних громад та інших легітимних суб'єктів конституційної правотворчої діяльності (парламентська більшість і меншість тощо). При цьому слід брати до уваги, що джерела конституційного права, які виражають волю народу, а тим більше прийняті або затверджені безпосередньо народом України, є первинними щодо всіх інших джерел цієї галузі права.

За змістом, тобто за юридичною силою, джерела конституційного права України поділяються на конституційні, законодавчі та підзаконні джерела. При цьому, згідно з принципом верховенства Конституції України (ст. 8), підзаконні джерела конституційного права не можуть суперечити конституційним і законодавчим джерелам.

До конституційних джерел відносять ті джерела відповідної галузі права, які мають найвищу юридичну силу. Це — Конституція України, акт всеукраїнського референдуму 1 грудня 1991 р. Законодавчі джерела конституційного права України представлені законами України, які розвивають положення Конституції України і регулюють різні види конституційних правовідносин у всіх сферах суспільного та державного життя. До підзаконних джерел конституційного права України відносять укази Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови Кабінету Міністрів України, правові акти інших учасників конституційного правотворення, які не суперечать Конституції та законам України.

Наступним критерієм класифікації джерел конституційного права України

є форма їх правового буття. Нині переважна більшість джерел конституційного права України є формалізованими, тобто такими, що знайшли своє позитивне закріплення у чинному законодавстві. Водночас сучасні конституційні процеси відкривають перспективи запровадження у конституційне право України таких неформалізованих джерел права, як конституційні звичаї, конституційна доктрина, програмні конституційно-правові документи (універсали, угоди, домовленості тощо) та ін.

Важливим критерієм розмежування джерел сучасного конституційного права України залишаються умови їхнього існування та дієвості. Такими умовами є територія, час і національна приналежність джерел відповідної галузі права.

Так, за територією дії джерела конституційного права України можуть бути загальнодержавними та місцевими (локальними). Загальнодержавні джерела конституційного права діють на всій території України. Це — Конституція України, акти всеукраїнського референдуму, закони України, укази Президента України тощо. Місцеві (локальні) джерела конституційного права діють лише на певній території України. Це — акти Автономної Республіки Крим (акти референдуму Автономної Республіки Крим, постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим), акти суб'єктів місцевого самоврядування тощо.

За часом дії джерела конституційного права поділяються на постійні і тимчасові. Більшість джерел конституційного права України мають постійно діючий характер, тобто приймаються на невизначений термін дії. Втративши чинності відбувається за умови набуття чинності іншим джерелом конституційного права, що скасовує дію попереднього.

Тимчасові джерела конституційного права України діють на визначений

період у чітко визначених хронологічних межах чи за визначених умов, після чого їх чинність втрачається. Зокрема, Закон України «Про надзвичайний стан» набуває чинності у повному обсязі за умови оголошення надзвичайного стану і діє до його припинення.

Глобалізаційні процеси та кроки України в напрямку інтеграції з Європейським Союзом (далі — ЄС) обумовлюють актуальність такої умови існування джерел конституційного права, як їх національна приналежність. До національних джерел конституційного права слід відносити ті з них, що мають національне походження, тобто прийняті на території України відповідними суб'єктами конституційної правотворчості (Конституція України, закони України тощо). Міжнародні джерела конституційного права України — це чинні міжнародні договори України у сфері конституційного права, згода на обов'язковість яких, згідно зі ст. 8 Конституції України, надана Верховною Радою України, тобто джерела міжнародного права, що імplementовані у чинне конституційне законодавство. Водночас перспектива вступу України до ЄС передбачає необхідність врахування у національному конституційному праві й положень джерел конституційного права ЄС. Така практика нині є дієвою для всіх країн — учасниць ЄС.

Існують й інші критерії класифікації, які можуть бути застосовані до джерел конституційного права України. Так, наприклад, у загальній теорії права прийнято застосовувати комплексні критерії класифікації джерел права й вирізняти з-поміж них правові звичаї, правові договори, нормативно-правові акти, правові (судові та адміністративні) прецеденти.

Джерела конституційного права України перебувають між собою в стійких структурних і функціональних правових взаємозв'язках й утворюють систему джерел конституційного права

України. Утвердження нових джерел конституційного права узгоджується з системою вже існуючих джерел цієї галузі права. В іншому випадку вірогідною буде ситуація, пов'язана з виникненням конституційних колізій.

Найбільш повне уявлення про систему джерел конституційного права України дає їх класифікація за юридичною силою. Основним джерелом конституційного права є Конституція України — єдиний нормативно-правовий акт найвищої юридичної сили, який є Основним Законом суспільства і держави, регулює найважливіші суспільні відносини, містить норми прямої дії, має особливий порядок прийняття, внесення до нього змін і доповнень та його захисту, гарантування. Це титульне джерело конституційного права. Саме з прийняттям перших конституцій почалося становлення конституційного права як реальної галузі [17, 18].

Важливим джерелом конституційного права України, що має найвищу юридичну силу, є акти всеукраїнського референдуму. Безперечно, до них слід відносити виключно акти імперативних всеукраїнських референдумів. У системі джерел конституційного права України акти всеукраїнського референдуму представлені рішеннями всеукраїнських референдумів 1 грудня 1991 р. і 16 квітня 2000 р. При цьому останнє рішення залишається на сьогодні нереалізованим.

Основним видом джерел конституційного права України є закони України, тобто нормативно-правові акти, що мають вищу юридичну силу щодо інших джерел конституційного права, за винятком Конституції та відповідних актів всеукраїнського референдуму, і регулюють найбільш важливі суспільні відносини у сфері конституційного права України.

Закони України традиційно займають пріоритетні позиції у системі джерел національного конституційного права. Конституція України у ст. 92 передба-

чає вичерпне коло питань, що визначаються (права і свободи людини та громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; громадянство; правосуб'єктність громадян; статус іноземців та осіб без громадянства; права національних меншин; порядок застосування мов та ін.) і встановлюються (Державний бюджет і бюджетна система України; система оподаткування, податки і збори; порядок використання і захисту державних символів; державні свята та ін.) виключно законами України. Це, в принципі, не заперечує прийняття й інших законів України, які регулюють суспільні відносини, що є предметом конституційного права.

У свою чергу, закони різняться за своєю сутністю і змістом. Так, у теорії конституційного права прийнято виокремлювати конституційні закони, органічні закони, звичайні закони та інші, особливі різновиди законів.

Особливим видом джерел конституційного права України є декларації, акти і конституційні договори. Вони займають окреме місце у системі джерел, оскільки їх прийняття є разовою, винятковою подією у конституційній практиці держави. Хоча іноді їх відносять до звичайних підзаконних актів парламенту, але якщо вони і є такими за юридичною силою, то іншим є їхнє значення для конституційного права України.

Декларації — це нормативно-правові акти, що приймаються Верховною Радою України і нормативно визначають основні засади державного й суспільного ладу, чи політики держави з окремих найважливіших питань. Це — Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 2001 р., Декларація прав національностей України від 1 листопада 1991 р., Декларація від 20 березня 2014 р. «Про боротьбу за звільнення України». Водночас декларації мають здебільшого політичне значення і часто містять

положення, які позбавлені юридичної сили норми конституційного права, що ускладнює їхню оцінку як джерел конституційного права.

Акт проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р. став унікальним джерелом для становлення і розвитку системи джерел конституційного права України. На відміну від Декларації, що стверджувала лише верховенство Конституції і законів УРСР на своїй території, Акт наголошував, що на території України мають чинність виключно Конституція і закони України.

Особливим і дещо нетрадиційним для України джерелом права став Договір від 8 червня 1995 р. «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України», який є своєрідною апеляцією до конституційних традицій часів утвердження європейського конституціоналізму, коли перші конституції та конституційні акти мали договірний характер [14, 48–49].

До законодавчих джерел конституційного права належать чинні міжнародні договори України. Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори є частиною національного законодавства виключно за умови надання згоди на їх обов'язковість Верховною Радою України. Водночас джерелами конституційного права України є не всі міжнародні договори України, а лише ті з них, дія яких поширюється на конституційно-правові відносини. Зокрема, до таких слід відносити міжнародні договори України у сфері прав людини, захисту прав різних соціальних груп та ін.

Положення Конституції та законів України набувають свого продовження у підзаконних джерелах конституційного права України. На сьогодні їх ієрархія певною мірою закріплюється лише в ст. 113 Конституції України, яка

визначає, що Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, а також «указами Президента України та постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України». Отже, первинними в системі підзаконних конституційних актів є правові акти Президента України.

До підзаконних джерел конституційного права України відносяться й окремі постанови Верховної Ради України, правові акти Кабінету Міністрів України, інших центральних органів виконавчої влади, які мають відповідну юридичну силу.

Важливим видом джерел конституційного права України є й висновки та рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ). Питання щодо юридичної сили та природи цих джерел конституційного права є досить складним, дискусійним і таким, що потребує особливої уваги у конституційно-правовій науці [18–20]. Дискусійним залишається питання щодо юридичної сили та природи актів Центральної виборчої комісії й територіальних виборчих комісій, актів реагування Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Особливими джерелами конституційного права України є нормативно-правові акти Автономної Республіки Крим – Конституція Автономної Республіки Крим, акти республіканського (місцевого) референдуму Автономної Республіки Крим, нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим та акти Ради міністрів Автономної Республіки Крим. У сучасних умовах проблематика цих джерел конституційного права заслуговує на увагу не лише з точки зору їх юридичної сили та природи, а й у контексті їх реалізації та перспектив розвитку.

Важливим джерелом конституційного права є нормативно-правові акти суб'єктів системи місцевого самовряду-

вання. Адже конституційне визнання місцевого самоврядування та прийняття Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» сприяло зміцненню правового статусу територіальних громад, визначивши їх первинними суб'єктами місцевого самоврядування та основними носіями його функцій і повноважень. Важливою нормативною умовою функціонування територіальної громади та органів і посадових осіб місцевого самоврядування є правові акти, прийняті в системі місцевого самоврядування, насамперед статuti територіальних громад.

Усі акти місцевого самоврядування як локальні джерела конституційного права різняться за характером (сутністю) волевиявлення, змістом, формою, територією дії, часом дії, чинністю тощо.

Так, основним критерієм розмежування актів місцевого самоврядування є їх характер, сутність. За сутністю ці джерела конституційного права поділяються на ті, що є безпосереднім волевиявленням територіальних громад, а також актами інших суб'єктів місцевого самоврядування — сільських, селищних, міських, районних у містах, районних та обласних рад; сільських, селищних, міських голів; виконавчих комітетів місцевих рад. Первинними серед них слід вважати ті акти, що безпосередньо виражають волю територіальної громади як первинного суб'єкта місцевого самоврядування, основного носія його функцій та повноважень. Похідними є ті джерела, що виражають волю відповідних територіальних громад. Це джерела конституційного права, що створюються, приймаються чи санкціонуються органами або посадовими особами місцевого самоврядування.

За змістом, тобто юридичною силою, локальні джерела конституційного права поділяються на статутні, референдні, регламентні, акти органів та посадових осіб місцевого самовряду-

вання, які не повинні суперечити статутним і референдним джерелам. Пріоритетними є, звичайно, статутні джерела, адже статут територіальної громади (за умовою його прийняття) має найвищу юридичну силу серед актів місцевого самоврядування. Референдні акти виражають волю територіальної громади, мають вищу юридичну силу серед локальних актів муніципальної саморегуляції та виняткове коло суб'єктів правотворчості, якими насамперед є територіальні громади. Серед актів органів і посадових осіб місцевого самоврядування слід виокремлювати рішення місцевих рад, регламенти місцевих рад, окремі розпорядження сільських, селищних, міських голів та рішення виконавчих комітетів місцевих рад.

Ще одним критерієм класифікації актів місцевого самоврядування як локальних джерел конституційного права є їх форма. Відповідно до неї вони є доволі різноманітними й зумовлюються традиціями формалізації конституційно-правових норм і способами правотворчості відповідних суб'єктів місцевого самоврядування. Це нормативно-правові акти, прийняті у формі статутів територіальних громад, рішень місцевих референдумів, рішень представницьких органів місцевого самоврядування, укладені у вигляді договорів, акти інших соціальних норм тощо.

Важливим критерієм розмежування актів місцевого самоврядування як локальних джерел конституційного права є територія їх дії. Означені джерела конституційного права можуть діяти на території автономії (Конституція Автономної Республіки Крим), області (рішення обласних рад), району (рішення районних рад), територіальної громади (статут територіальної громади, рішення сільської, селищної або міської ради), певної частини міста (рішення районної у місті ради) тощо.



За строком дії акти місцевого самоврядування як джерела конституційного права поділяються на постійні й тимчасові. Так, до постійно діючих актів місцевого самоврядування належать: статут територіальної громади (за умовою його прийняття), акти місцевого референдуму тощо. Тимчасові локальні джерела конституційного права діють на визначений період у чітко визначених хронологічних межах чи за визначених умов, після чого їх чинність втрачається. Зокрема, у Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» передбачено, що виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради вирішуються питання щодо прийняття у межах, визначених законом, рішень із питань боротьби зі стихійним лихом, епідеміями, епізоотіями, за порушення яких передбачено юридичну відповідальність.

Слід зазначити, що система локальних джерел конституційного права не обмежується лише означеними актами. Інноваційні процеси у державі, становлення розвиненого громадянського суспільства викликають до життя якісно нові джерела права, до яких передусім належить нормативний договір, що стає головною юридичною формою, яка визначає права та обов'язки суб'єктів. Як свідчить світовий досвід, значення договорів та угод, що містять конституційно-правові норми та укладені на місцевому рівні, обумовлено насамперед можливістю взаємного делегування на договірній основі повноважень місцевого самоврядування та органів державної влади; договірними формами перерозподілу повноважень між різними органами територіальних громад; утворення асоціацій, муніципальних союзів та інших об'єднань органів місцевого самоврядування тощо.

Як свідчить зарубіжний муніципальний досвід, важливим джерелом конституційного права є муніципально-

правовий звичай, юридичні прецеденти. Так, що стосується муніципальних правових звичаїв, то їхня роль на локальному рівні функціонування конституційного права більш значуща, ніж у багатьох інших галузях, особливо публічного права. Однак у законодавстві іноді закріплюється не власне муніципальний звичай як джерело права, а місцева традиція або місцеві особливості, які мають більш широке значення ніж цей звичай. Так, наприклад, згідно з ч. 1 ст. 19 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» з метою «врахування історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування представницький орган місцевого самоврядування на основі Конституції України та в межах цього Закону може прийняти статут територіальної громади села, селища, міста». У цьому ж документі закріплюється, що територіальні громади сіл, селищ, міст, а також райони та області можуть мати власну символіку, яка відображає їх історичні, культурні, соціально-економічні та інші місцеві особливості і традиції (ст. 22).

Система джерел конституційного права України, представлена охарактеризованими джерелами, є динамічною — одні з них втрачають своє значення, натомість з'являються інші. Конституційна реформа відкрила перспективи й для утвердження інших видів джерел конституційного права України. Так, предметом наукових дискусій стає питання щодо визнання джерелами конституційного права України окремих судових рішень Верховного Суду України та Вищого адміністративного суду України у сфері виборчих правовідносин. Утверджується таке відносно нове джерело конституційного права України, як правовий звичай. Неоднозначними, але перспективними на майбутнє залишаються такі джерела конституційного права, як програмні

документи політичних партій, представлених у загальнонаціональних і місцевих представницьких органах влади; універсали, меморандуми, спільні заяви тощо. Заслугує на увагу проблема доктринальних джерел конституційного права, серед яких, зокрема, особливе місце займають проекти конституцій.

Усе це свідчить, що конституційне право — це не застигла форма суспільно-політичних відносин, яка штучно підштовхується нормотворчістю, а динамічна, рухлива система, яка розвивається під впливом внутрішніх і зовнішніх, історичних, політичних, соціально-економічних, інформаційних та духовно-культурних факторів і процесів. Будь-яким теоретичним правовим утворенням передувала практична діяльність людей, яка втілювалася у достатньо стійких зв'язках та відносинах. Особливо це характерно для сучасного конституційного права як однієї з профілюючих (первинних)

галузей права і єдиної в правовій системі України фундаментальної галузі права, яка має системоутворююче значення не тільки для законодавства, а й для правової системи загалом. Саме конституційне право є основою сучасного конституціоналізму.

Отже, враховуючи, що норми конституційного права закріплюють основи юридичної організації держави та її відносини з людиною, містять найбільш загальні принципи права, конкретизуються у принципах усіх галузей права і мають нормативно-регулятивне й юрисдикційне значення, а конституційно-правові відносини мають тенденцію «домішуватися» до відносин «чужорідної» галузевої приналежності, питання щодо сутності, змісту, основних напрямів і форм регулюючого впливу Конституції України та інших джерел конституційного права набуває особливого значення у сучасних модернізаційних процесах.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Васильченко О. П.* Джерела конституційного права України (системнофункціональний аналіз) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / О. П. Васильченко. — Київ, 2007. — 19 с.
2. *Джерела конституційного права України* : монографія / Ю. С. Шемшученко [та ін.] ; відп. ред.: Ю. С. Шемшученко, О. І. Ющик. — Київ : Наукова думка, 2010. — 711 с.
3. *Мазур М. В.* Акти органів судової влади як джерело конституційного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / М. В. Мазур. — Харків, 2009. — 20 с.
4. *Назаренко О. А.* Міжнародні договори України в системі джерел конституційного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / О. А. Назаренко. — Київ, 2006. — 20 с.
5. *Онщенко О. В.* Конституція України як основне джерело конституційного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / О. В. Онщенко. — Київ, 2005. — 19 с.
6. *Погорілко В. Ф.* Джерела конституційного права України / В. Ф. Погорілко // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2003. — № 5. — С. 14–25.
7. *Резніченко С. В.* Договір у системі джерел конституційного права України : монографія / С. В. Резніченко. — Одеса : АстроПринт, 1999. — 136 с.
8. *Цоклан В. І.* Система сучасних джерел конституційного права України : монографія / В. І. Цоклан, В. Л. Федоренко. — Київ : Ліра-К, 2009. — 400 с.
9. *Чудик Н. О.* Статут територіальної громади як джерело конституційного права в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / Н. О. Чудик. — Київ, 2011. — 20 с.
10. *Шаповал В.* Джерела конституційного права України: питання теорії та практики / В. Шаповал // Право України. — 2014. — № 9. — С. 155–170.
11. *Сав'як О. В.* Правовий звичай у системі джерел конституційного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / О. В. Сав'як. — Київ, 2008. — 20 с.
12. *Корчевна Л. О.* Проблема різноджерельного права: дослід порівняльного правознавства : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Л. О. Корчевна. — Київ, 2005. — 36 с.

13. Мелашченко В. Ф. Конституційне право України : навч. посіб. / В. Ф. Мелашченко. — Київ : Вентурі, 1995. — 240 с.
14. Погорілко В. Ф. Конституційне право України. Академічний курс : підруч. : у 2 т. / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. — Київ : Юридична думка, 2006. — Т. 1. — 544 с.
15. Фрицький О. Ф. Конституційне право України : підруч. / О. Ф. Фрицький. — 3-тє вид. — Київ : Юрінком Інтер, 2006. — 512 с.
16. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права / О. Е. Кутафин. — М. : Юристъ, 2001. — 444 с.
17. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн : підруч. / В. М. Шаповал. — 10-тє вид., переробл. та допов. — Київ : Ін Юре, 2015. — 320 с.
18. Марцеляк О. Правова природа актів Конституційного Суду України та їх роль у розвитку науки конституційного права / О. Марцеляк // Вісник Конституційного Суду України. — 2015. — № 4. — С. 118–121.
19. Христова Г. О. Юридична природа актів Конституційного Суду України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Г. О. Христова. — Харків, 2004. — 20 с.
20. Цимбалістий Т. О. Правова природа актів Конституційного Суду України. Університетські наукові записки / Т. О. Цимбалістий // Часопис Хмельницького університету управління та права. — 2007. — № 1 (21). — С. 47–55.

#### REFERENCES

1. Vasylenko O. P. Dzherela konstytutsiinoho prava Ukrainy (systemnofunktsionalnyi analiz) [Sources of constitutional law of Ukraine (systemicfunctional analysis)], Kyiv, 2007, 19 p.
2. Dzherela konstytutsiinoho prava Ukrainy [Sources of Constitutional law of Ukraine], Kyiv: Naukova dumka, 2010, 711 p.
3. Mazur M. V. Akty orhaniv sudovoi vlady iak dzherelo konstytutsiinoho prava Ukrainy [Acts of bodies of judicial authority as source of constitutional law of Ukraine], Kharkiv, 2009, 20 p.
4. Nazarenko O. A. Mizhnarodni dohovory Ukrainy v systemi dzherel konstytutsiinoho prava Ukrainy [The international contracts of Ukraine in system of sources of constitutional law of Ukraine], Kyiv, 2006, 20 p.
5. Onishchenko O. V. Konstytutsiia Ukrainy iak osnovne dzherelo konstytutsiinoho prava Ukrainy [Constitution of Ukraine as main source of constitutional law of Ukraine], Kyiv, 2005, 19 p.
6. Pohorilko V. F. Dzherela konstytutsiinoho prava Ukrainy [Sources of constitutional law of Ukraine], *Biuletyn Ministerstva iustytzii Ukrainy*, 2003, no. 5, pp. 14–25.
7. Reznichenko S. V. Dohovir u systemi dzherel konstytutsiinoho prava Ukrainy [The contract in system of sources of constitutional law of Ukraine], Odesa: AstroPrynt, 1999, 136 p.
8. Tsoklan V. I., Fedorenko V. L. Systema suchasnykh dzherel konstytutsiinoho prava Ukrainy [System of modern sources of constitutional law of Ukraine], Kyiv: Lira-K, 2009, 400 p.
9. Chudyk N. O. Statut terytorialnoi hromady iak dzherelo konstytutsiinoho prava v Ukraini [Charter of a territorial community as source of constitutional law in Ukraine], Kyiv, 2011, 20 p.
10. Shapoval V. Dzherela konstytutsiinoho prava Ukrainy: pytannia teorii ta praktyky [Sources of constitutional law of Ukraine: questions of the theory and practice], *Pravo Ukrainy*, 2014, no. 9, pp. 155–170.
11. Sav'iak O. V. Pravovy zvychai u systemi dzherel konstytutsiinoho prava Ukrainy [Legal custom in system of sources of constitutional law of Ukraine], Kyiv, 2008, 20 p.
12. Korchevna L. O. Problema riznodzherelnogo prava: doslid porivnialnogo pravoznavstva [Problem differently source of law: experience of comparative jurisprudence], Kyiv, 2005, 36 p.
13. Melashchenko V. F. Konstytutsiine pravo Ukrainy [The Constitutional law of Ukraine], Kyiv: Venturi, 1995, 240 p.
14. Pohorilko V. F., Fedorenko V. L. Konstytutsiine pravo Ukrainy. Akademichniy kurs [The constitutional law of Ukraine. The academic rate], Kyiv: Iurydychna dumka, 2006, vol. 1, 544 p.
15. Frytskyi O. F. Konstytutsiine pravo Ukrainy [The constitutional law of Ukraine], Kyiv: Iurinkom Inter, 2006, 512 p.
16. Kutafin O. E. Predmet konstitutsionnogo prava [Subject of constitutional law], Moskva: Yurist, 2001, 444 p.
17. Shapoval V. M. Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain [Constitutional law of foreign countries], Kyiv: In Iure, 2015, 320 p.
18. Martseliak O. Pravova pryroda aktiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy ta ikh rol u rozvytku nauky konstytutsiinoho prava [The legal nature of acts of the Constitutional Court of Ukraine and their role in development of science of constitutional law], *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2015, no. 4, pp. 118–121.
19. Khrystova H. O. Iurydychna pryroda aktiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Legal nature of acts of the Constitutional Court of Ukraine], Kharkiv, 2004, 20 p.
20. Tsymbalistyi T. O. Pravova pryroda aktiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Legal nature of acts of the Constitutional Court of Ukraine], *Universytetski naukovy zapysky. Chasopys Khmelnytskoho universytetu upravlinnia ta prava*. 2007, no. 1 (21), pp. 47–55.

**Скрипнюк О., Батанов О. Актуальні проблеми теорії джерел конституційного права України (аксіологічні, гносеологічні та онтологічні аспекти)**

**Анотація.** Стаття присвячена вивченню концептуальних проблем сутності та системи джерел конституційного права України, аналізу фундаментальних положень і дискусійних питань зазначеної теми. Висвітлюється питання виникнення і розвитку джерел конституційного права України. Пропонується дефініція поняття «джерела конституційного права» та розглядаються їхні ознаки. Аналізуються особливості як системи джерел конституційного права України загалом, так і окремих її складових. Вказуються перспективи подальшого розвитку системи джерел конституційного права України.

**Ключові слова:** джерело права, система джерел конституційного права, Конституція України, закони України, парламентські акти, нормативно-правовий акт, правова доктрина, правовий звичай.

**Скрипнюк А., Батанов А. Актуальные проблемы теории источников конституционного права Украины (аксиологические, гносеологические и онтологические аспекты)**

**Аннотация.** Статья посвящена изучению отдельных проблем сущности и системы источников конституционного права Украины, анализу фундаментальных положений и дискуссионных вопросов данной темы. Освещается вопрос возникновения и развития источников конституционного права Украины. Предлагается дефиниция понятия «источники конституционного права» и рассматриваются их признаки. Анализируются особенности как системы источников конституционного права Украины в целом, так и отдельных ее составляющих. Указываются перспективы дальнейшего развития системы источников конституционного права Украины.

**Ключевые слова:** источник права, система источников конституционного права, Конституция Украины, законы Украины, парламентские акты, нормативно-правовой акт, правовая доктрина, правовой обычай.

**Skrypniuk O., Batanov O. Actual Problems of the Theory of Sources of the Constitutional Law of Ukraine (Axiological, Epistemological and Ontological aspects)**

**Annotation.** The article is devoted to the study of certain problems of the essence and system of sources of the constitutional law of Ukraine, the analysis of fundamental provisions and discussion issues of this topic. The issue of the appearance and development of the sources of the constitutional law of Ukraine is covered. The definition of the sources of constitutional law is proposed and their signs are examined. Features are considered as systems of sources of the constitutional law of Ukraine as a whole, and its separate components. The perspectives of the further development of the system of sources of the constitutional law of Ukraine are indicated.

**Key words:** source of law, system of sources of constitutional law, the Constitution of Ukraine, laws of Ukraine, parliamentary acts, legal act, legal doctrine, legal custom.

# ВЧЕННЯ ПРО ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ



**Р. МАЙДАНИК**  
*доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
завідувач кафедри цивільного права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

## I. Загальна характеристика вчення про джерела права України

### 1. Поняття і тенденції вчення про джерела права України

Об'єктивне право існує в різних формах, які мають відмінне походження та особливості залежно від сутності відносин, що регулюються відповідним джерелом права.

Системні положення про поняття, засади, систему і види джерел права визначаються вченням про джерела права, що дає відповідь на питання, які норми права суддя має застосовувати при ухваленні рішення суду, і систематизує ці норми права за їх походженням відповідно до визнаної національним правопорядком системи права шляхом віднесення до відповідної сфери (галузі) права, інституту тощо.

Призначення вчення про джерела права полягає у тому, щоб через основні критерії визначити, що є правом. Вони залежать від поняття права, оскільки його джерелом може бути лише те, що перед цим визнано правом.

Характерна риса сучасного українського права зумовлена усталеною і притаманною всім галузям (сферам) права тенденцією до збільшення багатоманітності джерел права, включення до їх переліку нових видів і зміни їхнього співвідношення.

Заслужує на увагу властива сучасному міжнародному праву та європейським правовим системам тенденція до збільшення ролі класичних джерел права, відмінних від нормативно-правових актів, зокрема правових прецедентів, звичаїв, загальновизнаних принципів міжнародного права, і неklasичних (атипових) джерел права у вигляді актів «вторинного права» й «м'якого права» (правотворчість міжнародних організацій — Організації Об'єднаних Націй, Всесвітньої організації охорони здоров'я тощо).

Неklasичним джерелам права властива юридична сила правових актів, які зобов'язують держави-члени міжнародних організацій («вторинне право»), або правова значущість стандартів поведінки («м'яке право»), які, згідно з баченням міжнародних організацій чи конференцій держав, є «доброю» практикою (наприклад, стандарти поведінки транснаціональних компаній щодо поводження з ресурсами природного середовища) [1, 178, 182].

### 2. Поняття джерела цивільного права

У сучасній вітчизняній цивілістиці питань визначення поняття джерела цивільного права пануючим вважається формально-юридичний (спеціально-юридичний) підхід, коли під джерелом

права розуміється зовнішня форма (спосіб) вираження і закріплення правових норм, інакше кажучи, «те, де міститься норма права», «те, звідки юристи-практики черпають знання про норми позитивного права».

Прихильники такого підходу до кола джерел цивільного права зазвичай відносять акти цивільного законодавства, міжнародні договори України, правовий звичай [2, 43].

Водночас у сучасній українській цивілістиці спостерігається тенденція до розширеного тлумачення поняття джерел цивільного права як форми вираження положень права, за допомогою яких юридичні норми набувають обов'язкової сили.

У цьому контексті заслуговує на увагу обґрунтоване в сучасній цивілістичній літературі розуміння джерела цивільного права як зовнішньої форми вираження і закріплення правових норм, які приймаються або санкціонуються уповноваженими нормотворчими органами (суб'єктами) з метою правового регулювання цивільних відносин [3, 4].

Сучасне вчення про джерела права України характеризує тенденція до розширеного розуміння нормативності джерела цивільного права, яке полягає в закріпленні нових правил поведінки, юридично обов'язкових для невизначеного або індивідуально визначеного кола учасників.

Нормативність джерела цивільного права вбачається не в повторюваності закріплених у ньому правил і деперсоніфікованості їх адресатів, а саме у встановленні нового обов'язкового правила поведінки, не передбаченого і не забороненого законом, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання конкретизованими чи неконкретизованими суб'єктами вона розрахована.

Специфічна особливість джерел цивільного (приватного) права зумовлена існуванням розширеного кола

суб'єктів нормотворчості, яке не є виключною компетенцією суверена — держави, інших публічно-правових утворень (територіальних громад тощо). Суб'єктами нормотворення у сфері приватного (цивільного) права можуть бути як суб'єкти публічного права (державні та комунальні органи) шляхом прийняття нормативно-правових та індивідуально-правових актів, так і суб'єкти приватного права (фізичні та юридичні особи тощо) при укладенні цивільно-правових договорів, вчиненні інших приватноправових актів, які закріплюють у випадках, передбачених законом, нові чи уточнюють (змінюють) існуючі цивільно-правові норми, юридично обов'язкові для учасників правовідносин.

Наведене дає підстави розуміти під джерелом цивільного права об'єктивовану форму вираження і закріплення цивільно-правових норм загальної та індивідуальної дії (у визначених законом випадках) шляхом державного (зовнішнього) та внутрішнього (саморегулювання) регулювання учасниками своїх цивільних відносин [4, 198].

## **II. Система джерел цивільного права**

### **1. Критерії класифікації джерел цивільного права**

Вся сукупність джерел цивільного права являє собою взаємозалежну і збалансовану систему відображення існуючих у реальній дійсності цивільно-правових норм.

У юридичній науці обґрунтовуються різні критерії класифікації джерел права.

Особливої уваги заслуговують класифікації джерел права, що передбачають поділ системи права на:

а) традиційні (нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент) і нетрадиційні (принципи права, релігійні тексти, акти «м'якого» права) [5, 4];

б) первинні, в яких містяться норми з обов'язковою силою для судів, і похідні, що іноді називаються просто джерелами або документами, які мають значення тоді, коли первинні джерела права неповні або незрозумілі; це судові прецеденти та наукові праці вчених-юристів;

в) основні (нормативно-правовий акт, судовий прецедент, нормативно-правовий договір) і доповнюючі (правовий звичай, судова практика, юридична доктрина, принципи права, релігійно-правовий текст).

Зокрема, правова доктрина існує у вигляді науково сформульованих концептуальних ідей, спрямованих на вдосконалення права, що містяться у працях учених-юристів. Завданням правової доктрини є передусім пізнання і відкриття права як самостійного соціального явища та втілення відповідних норм у процесі правотворення джерел права. Правова доктрина відноситься до додаткових джерел права та має рекомендаційний характер, навіть за наявності прогалин у праві [6, 32–34].

За ступенем формальної визначеності доцільно розрізнити систему джерел цивільного права у вузькому (власному) і широкому розуміннях.

За цим критерієм систему джерел цивільного права в широкому розумінні умовно можна поділити на три групи джерел: а) первинні/базові; б) похідні/вторинні; в) джерела пізнання цивільного права.

## 2. Поняття системи джерел цивільного права

Первинні і похідні джерела в сукупності становлять систему джерел цивільного права у власному (вузькому) розумінні.

Поняття «джерела цивільного права» стосується правотворчості і зачіпає походження норм цивільного права. Джерела цивільного права у власному розумінні самі продукують його норми, виступаючи зовнішніми способами

фіксації таких норм. До цих справжніх, або первинних (базових), джерел цивільного права належать: законодавство, нормативно-правовий договір, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства.

Від них слід відрізнити похідні (вторинні) джерела і джерела пізнання цивільного права, які використовують як правові допоміжні (уточнюючі) засоби нормотворення і встановлення застосовуваних правил цивільного права.

Таким похідним джерелом цивільного права є, наприклад, судові прецеденти (національні і міжнародні судові рішення, які містять правові норми) у випадках, визначених законом. До похідних джерел цивільного права може бути віднесено джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками — цивільно-правовий договір, односторонній правочин, локальний цивільно-правовий акт, що містять локальні норми цивільного права.

У цивілістичній науці вказують передусім на такі додаткові (похідні) джерела цивільного права, як нормативно-правовий договір, судовий прецедент, локальні правові акти юридичних осіб, моральні засади цивільного законодавства і цивільно-правовий договір.

Джерелом пізнання цивільного права та допоміжним засобом для виявлення норм права є дослідження кваліфікованих науковців цивільного права. Традиційно для українського права джерела його пізнання (і цивільного також) зазвичай не відносяться до формально визначених джерел права, а отже, положення доктрини права не можуть породжувати правових норм як юридично обов'язкових правил поведінки, якщо інше не передбачено законом (зокрема, при застосуванні відповідного іноземного права у приватноправових відносинах з іноземним елементом).

### III. Види джерел цивільного права

#### 1. Первинні джерела цивільного права

##### *Цивільне законодавство*

Визначальне місце в системі джерел вітчизняного цивільного права займають нормативно-правові акти, які в цивільно-правовій сфері охоплюються поняттям цивільного законодавства.

У вітчизняній доктрині і нормотворчій діяльності термін «законодавство» вживається у декількох значеннях — як система законів України (вузьке розуміння) або система законів та інших нормативних актів, що приймаються Верховною Радою України, Президентом і Кабінетом Міністрів України, чи міністерствами і відомствами, місцевими радами та місцевими державними адміністраціями (широке розуміння) [7, 379–380].

У цьому контексті законодавство фактично розглядається як поняття, тотожне сукупності нормативних актів, прийнятих державними органами.

Концепцію розуміння законодавства як результату нормотворчої діяльності державних органів влади загалом підтримує вітчизняна цивілістична наука, оскільки саме органи публічної влади можуть видавати акти, які містять норми цивільного права, у випадках і межах, встановлених Конституцією України та Цивільним кодексом України (далі — ЦК України) [8, 887].

У зв'язку з цим у вітчизняній цивілістиці переважає розуміння цивільного законодавства як сукупності нормативних актів, які мають різну юридичну силу [8, 886], або як системи законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, що містять цивільно-правові норми [9, 336].

##### *Нормативно-правовий договір як джерело цивільного права*

Нормативний договір, тобто договір, який містить норми права, застосовується як джерело права, головним

чином, у трьох сферах: 1) конституційне право; 2) міжнародне публічне право, де договори між державами завжди є нормативними; 3) трудове право, до джерел якого відносять колективні угоди.

Нормативно-правовий договір може бути також джерелом цивільного права, коли його норми покликані врегулювати цивільні відносини (зокрема, у сфері енергетики тощо). Це можливо за трьох умов: 1) прямої санкції державних органів на прийняття норм права у формі нормативного договору; 2) нормативний договір приймається за добровільної згоди всіх осіб, які його підписали; 3) нормативний договір передбачає взаємну відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання закріплених ним норм права [11, 378].

##### *Правові звичаї як джерело цивільного права*

У системі джерел цивільного права важливу роль відіграють цивільно-правові звичаї, зокрема й звичаї ділового обороту.

Звичай є первинним або базовим джерелом українського права, від якого пішли решта, у ньому наявна критична точка всіх інших джерел права. У вітчизняному праві його слід розглядати передусім як первинне джерело права взагалі, тобто виток, звідки виникло право.

Цивільно-правовий звичай є усталеним у певній сфері цивільних відносин обов'язковим правилом поведінки, яке не закріплене актами законодавства.

Різновидом цивільно-правового звичаю є звичаї ділового обороту, тобто правила поведінки, що склалися і широко застосовуються у якій-небудь сфері підприємницької діяльності.

Сфера застосування звичаю в регулюванні цивільних відносин ЦК України не обмежується. Відповідно до ст. 7 будь-які цивільні відносини можуть бути врегульовані ним.



Цивільно-правовий звичай як джерело права має підпорядковану щодо закону роль у системі джерел цивільного права в Україні; не може суперечити акту цивільного законодавства чи договору, що хоч і не регулює відповідні цивільні відносини, проте встановлює обмеження на застосування звичаїв до їх регулювання. Тому він може застосовуватися лише для регулювання цивільних відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства або договором, і тільки в тому випадку, коли він не суперечить актам цивільного законодавства та договору, що регулює відносини сторін [12, 243–244].

Звичай тісно пов'язаний із судовим прецедентом, іншими джерелами права. На відміну від підпорядкованості прецеденту закону, яка ґрунтується на тому факті, що закон завжди може скасувати результат судового рішення, судовий прецедент може лише відмовити у визнанні законної сили певного звичаю [13, 67–72].

#### *Принципи права як джерело цивільного права*

У вітчизняній доктрині права пропонується визнавати самостійним джерелом цивільного права окремі принципи права, закріплені в п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України (передусім справедливості, добросовісності і розумності) [14, 42].

При цьому, з огляду на сутність цивільних правовідносин, невичерпність джерел правового регулювання цивільних відносин та одночасне визнання факту існування прогалін у правовому регулюванні цивільних відносин, які не можуть бути усунені за допомогою аналогії закону, принципи цивільного права можуть застосовуватись як висхідні положення для створення і тлумачення інших джерел права, так і безпосередній регулятор цивільних відносин [15, 185].

Такий підхід відомий низці іноземних правових систем, причому джерелом, яке має найбільшу регулятивну силу порівняно з іншими зовнішніми формами права [16, 5–9].

#### *Моральні засади як джерело цивільного права*

Специфічним різновидом соціальних регуляторів цивільних відносин є моральні засади суспільства, вказівка на які міститься у ЦК України. Положеннями ч. 4 ст. 13 передбачено обов'язок особи при здійсненні цивільних прав додержуватися моральних засад суспільства як загальної межі здійснення суб'єктивних цивільних прав. Нормою ч. 1 ст. 19 передбачено, що самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства.

Моральні засади суспільства — це основні принципи суспільної моралі, тобто визнана і підтримана більшістю членів суспільства система життєвих принципів, поглядів, суджень, оцінки людей, а також відповідних їм норм поведінки, що відображають погляди, які склалися у суспільстві про добро і зло, обов'язок, справедливість і несправедливість, гідність і безчестя, про схвальність і ганебність тощо [17, 100–101].

Деякі науковці критично оцінюють набуття мораллю форми надмірного проникнення у право. Так, В. Батлер, аналізуючи ч. 2 ст. 319 ЦК України про обов'язок власника додержуватися моральних засад суспільства під час здійснення свого права, зазначив, що таке формулювання може викликати занепокоєння інвестора, який виявляє належну обачливість: що це за моральні засади? Хто визначає, що є моральними засадами? Ці положення не належать до тих, із якими зазвичай стикаєшся у правових системах із несоціалістичним спадком [18, 360].

## 2. Похідні джерела цивільного права

*Судовий прецедент і квазіпрецедент як джерело цивільного права*

У випадках, визначених законом, джерелами цивільного права України визнаються рішення судів, які мають нормативний характер (так звані судові квазіпрецеденти або нормативні рішення судів). Так, відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ практику цього суду як джерело права.

Квазіпрецеденти (нормативні рішення суду) не можна ототожнювати з судовими прецедентами, поширеними передусім у країнах англо-американської правової сім'ї. Судовий прецедент, з одного боку, є рішенням у справі, обов'язковим лише для сторін спору (тобто є правозастосовним актом), а з другого — головний принцип вирішення справи (який називається *ratio decidendi*), що міститься у мотивувальній частині рішення, набуває обов'язкового значення (тобто статусу норми права) для інших судів при вирішенні схожих спорів. Судове рішення може стати судовим прецедентом лише за таких умов: є рішенням одного з вищих судів; його мотивувальна частина додає новий елемент до правового регулювання, тобто містить або нову норму права (усуває прогалини в правовому регулюванні), або уточнює вже існуючу (деталізує вже чинні норми права) [19, 229, 344].

На сьогодні в Україні класичний судовий прецедент відсутній. Водночас у сучасній вітчизняній доктрині набуває поширення концепція судової правотворчості [20, 640].

Ознаки нормативного рішення суду (квазіпрецеденту) притаманні правовим висновкам Верховного Суду України (далі — ВСУ), ухваленим із підстав неоднакової судової практики застосу-

вання норм права судами касаційної інстанції.

Зазначені правові висновки ВСУ є загальнообов'язковими для всіх суб'єктів, які застосовують конкретну норму права в своїй діяльності. За своєю юридичною силою казуальне тлумачення, що здійснює ВСУ при розгляді конкретної справи, перетворюється у нормативне [21, 191]. У науковій літературі таку судову діяльність називають «прецедентом застосування закону» [22, 182].

Правові висновки ВСУ, з одного боку, є рішенням у справі, обов'язковим лише для сторін спору (тобто є правозастосовним актом), але з другого — правовий висновок, який є головним принципом вирішення справи (по суті, *ratio decidendi*), що міститься у мотивувальній частині рішення, набуває обов'язкового значення для інших судів і суб'єктів правозастосування при вирішенні схожих спорів.

Тлумачення норми права ВСУ характеризують три основні ознаки: 1) нормативність (містять у собі норми); 2) каузальність (походять від правових норм, є актом тлумачення або заснованим на правових нормах, або його зміст обмежується цими нормами); 3) субсидіарність застосування (використовується як аргумент, але не самостійно як будь-який нормативно-правовий акт) [23, 191–192].

У певному розумінні зазначене судове рішення може вважатися судовим прецедентом, оскільки воно є рішенням вищого судового органу держави, а його мотивувальна частина додає новий елемент до правового регулювання, тобто містить або нову норму права (усуває прогалину в правовому регулюванні), або уточнює вже існуючу (деталізує чинні норми права).

*Правочин як джерело цивільного права*

Джерелом цивільного права може бути цивільно-правовий договір у

випадку, якщо сторони в договорі відступили від положень актів цивільного законодавства і врегулювали свої відносини на власний розсуд у випадках, коли в цих актах прямо не вказано, що вони не можуть цього робити, а також у разі, якщо обов'язковість положень цих актів для сторін не впливає з їх змісту або суті відносин між ними (ч. 3 ст. 6 ЦК України).

Особливість нормативності цивільно-правового договору походить з ідеї самозаконності правочину, який є законом для всіх осіб до меж дії імперативних норм права, а також конкретності та індивідуальності цивільного правочину, а саме його частини (умови), яка набуває характеру норми права внаслідок закріплення у випадках, передбачених законом (ч. 3 ст. 6 ЦК України), нових чи уточнення (зміни) існуючих цивільно-правових норм, юридично обов'язкових для учасників правовідносин.

Передбачена ст. 6 ЦК України нормативність цивільно-правового договору полягає в законодавчому закріпленні права сторін у договорі відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. При цьому сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в них прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або суті відносин між сторонами.

Тому цивільно-правовий договір буде джерелом цивільного права тоді, коли він на законних підставах регулює відносини інакше, ніж це передбачено в актах цивільного законодавства.

У цьому випадку вже не закон або інший акт цивільного законодавства, а сам договір є джерелом того правового стандарту, який визначатиме модель належної поведінки сторін [24, 16].

Додаткова цінність ідеї про нормативність цивільно-правового дого-

вору полягає в допустимості поширення цього положення на інші правочини.

Нормотворча функція всіх правочинів законодавчо закріплена ч. 4 ст. 6 ЦК України щодо поширення на односторонні правочини положення кодексу про договір як нормативний регулятор цивільних відносин.

У зв'язку з цим варте підтримки розуміння правочину (договору та одностороннього правочину) як специфічної форми приватного (цивільного) права, в якій не просто відтворюються, копіюються норми права, встановлені чи санкціоновані державою, а й створюються нові.

З огляду на це, правочин необхідно розглядати як акт індивідуального правового регулювання, основне призначення якого полягає в конкретизації закріплених за допомогою норм різних галузей права прав та обов'язків осіб. У процесі укладення договору і вчинення одностороннього правочину створюються правові норми, але індивідуальні, які стосуються конкретних і точно визначених індивідів та розраховані на них [25, 99].

#### *Локальні правові акти як джерело цивільного права*

Сучасну цивілістичну доктрину характеризує тенденція до включення корпоративних відносин до предмета цивільного права та зумовлене цим питання щодо поширення цивільного законодавства на внутрішньокорпоративні відносини.

Прихильники такого підходу вважають допустимим визнання локальних актів джерелами цивільного права. Зокрема, на думку В. Щербини, Правила фондової біржі є локальним нормативним актом, який регламентує її діяльність, пов'язану з торгівлею цінними паперами [26, 251, 339].

Опоненти натомість вважають, що внутрішньокорпоративні відносини за своєю юридичною природою взагалі

не можуть бути предметом цивільного права [27, 118–140; 28].

На нашу думку, локальні правові акти можуть визнаватися такими за умови, що встановлюють юридично обов'язкові норми (локальні норми права).

Під локальними правовими актами зазвичай розуміють юридичні дії, які вчинені уповноваженими органами юридичних осіб відповідно до законодавства, регламентують відносини, що виникають і діють у межах конкретної юридичної особи, закріплюють індивідуально-правовий статус та обов'язкові для виконання працівниками й учасниками цієї організації [28, 78–85; 29; 30].

Проведений аналіз тенденцій, засад, поняття, системи і видів джерел цивільного права України дає підстави для таких висновків:

1. Системні положення про поняття, засади, види і співвідношення джерел права визначаються вченням про джерела права. Воно дає відповідь на питання, які норми права суддя має застосовувати при ухваленні рішення суду, і систематизує ці норми права за їх походженням відповідно до визнаної національним правопорядком системи права шляхом віднесення до відповідної сфери (галузі) права, інституту тощо.

Призначення вчення про джерела права полягає у тому, щоб через основні критерії визначити, що є правом. Критерії залежать від його поняття, оскільки джерелом права може бути лише те, що перед цим визнано правом.

2. Сучасне вчення про джерела права України характеризує тенденція до розширеного розуміння нормативності джерела цивільного права, яке полягає

в закріпленні нових правил поведінки, юридично обов'язкових для невизначеного або індивідуально визначеного кола учасників.

Нормативність джерела цивільного права вбачається не в повторюваності закріплених у ньому правил і деперсоніфікованості їх адресатів, а саме у встановленні нового юридично обов'язкового правила, тобто виду і міри належної поведінки, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання конкретизованими чи неконкретизованими суб'єктами вона розрахована.

3. Джерело цивільного права являє собою об'єктивовану форму вираження і закріплення цивільно-правових норм загальної та індивідуальної дії (у визначених законом випадках) шляхом державного (зовнішнього) та внутрішнього (саморегулювання) регулювання учасниками своїх цивільних відносин.

4. Систему джерел цивільного права становлять первинні і похідні джерела цивільного права.

До первинних (базових) джерел цивільного права належать законодавство, нормативно-правовий договір, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства.

Похідними (вторинними) джерелами цивільного права є судові прецеденти (національних і міжнародних судів) та джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками — цивільно-правовий договір і односторонній правочин у визначених законом випадках, локальний цивільно-правовий акт (статuti, регламенти тощо).

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Гердеген М. Міжнародне право / М. Гердеген ; пер. з нім. — Київ : К.І.С., 2011. — 516 с.
2. Борисова В. І. Акти цивільного законодавства. Цивільне право : підруч. : у 2 т. / В. І. Борисова, С. Н. Пристуга ; В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Борисова, Т. І. Бегова [та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Харків : Право, 2011. — Т. 1. — 656 с.
3. Хімчук Н. І. Джерела цивільного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. І. Хімчук. — Одеса, 2011. — 21 с.

4. *Майданик Р. А.* Джерела цивільного права України: поняття, система, види. Правова доктрина України : у 5 т. — Харків : Право, 2013. — Т. 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнєцова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик [та ін.] ; за заг. ред. Н. С. Кузнєцовой. — 760 с.
5. *Тополєвський Р. Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Р. Б. Тополєвський. — Харків, 2004. — 19 с.
6. *Мельник А.* Доповнюючі джерела українського права / А. Мельник // Юридична Україна. — 2013. — № 11. — С. 30–35.
7. *Харитонов Є.* Деякі проблеми визначення поняття та сфери дії актів цивільного законодавства України. Сучасні проблеми приватного права: збірник наукових праць, присвячених 80-й річниці з Дня народження Ярослави Миколаївни Шевченко / Є. Харитонов ; відп. ред. Н. С. Кузнєцова, Р. О. Стефанчук. — Київ : ВГО «Асоціація цивілістів України» ; Кам'янець-Подільський, ТОВ «Друкарня «Рута», 2012. — 464 с.
8. *Труба В. І.* Цивільне законодавство. Енциклопедія цивільного права України / В. І. Труба ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — Київ : Ін Юре, 2009.
9. *Майданик Р. А.* Цивільне право: Загальна частина / Р. А. Майданик. — Київ : Алерта, 2012. — Т. I: Вступ у цивільне право. — 472 с.
10. *Сырых В. М.* Теория государства и права : учеб. / В. М. Сырых. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юридический Дом «Юстицинформ», 2004. — 704 с.
11. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія / О. А. Беляневич. — Київ : Юрінком Інтер, 2006. — 589 с.
12. *Майданик Р. А.* Правовий звичай як джерело цивільного права / Р. А. Майданик // Юридична Україна. — 2009. — № 6 (78). — С. 67–72.
13. *Первомайський О. О.* Загальна характеристика засад цивільного законодавства. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / О. О. Первомайський ; за ред. проф. І. В. Спасиво-Фатєєвої. — Харків : ФОП Колісник А. А., 2010. — Т. I: Загальні положення. — 320 с.
14. *Первомайський О. О.* Понятие источника гражданского права в контексте современного правопонимания. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография / О. О. Первомайский ; под ред. И. В. Спасиво-Фатеевой. — Харьков : Право, 2011. — 296 с.
15. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права : автореф. на здобуття наук ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Погребняк С. П. — Харків, 2009. — 36 с.
16. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія / С. О. Погрібний. — Київ : Правова єдність, 2009. — 304 с.
17. *Батлер У. Э.* Право собственности в украинском праве. Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / У. Э. Батлер ; под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. — Киев : Юринком Интер, 2003.
18. *Малишев Б. В.* Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Малишев Борис Володимирович. — Київ, 2002. — 229 с.
19. *Малишев Б. В.* Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. В. Малишев. — Київ, 2008. — 344 с.
20. *Шевчук С. В.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. — Київ : Реферат, 2007. — 640 с.
21. *Романюк Я. М.* Застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України (питання теорії і практики) : монографія / Я. М. Романюк. — Київ : Ін Юре, 2016. — 536 с.
22. *Алексеев С. С.* Государство и право. Начальный курс / С. С. Алексеев. — 3-е изд. — М. : Юридическая литература, 1996.
23. *Яворська О. С.* Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти : дис. ... д-р юрид. наук : 12.00.03 / Яворська Олександра Степанівна. — Київ, 2011. — 454 с.
24. *Щербина В. С.* Господарське право України : навч. посібник для студентів юрид. вузів і ф-тів / В. С. Щербина. — Київ : Атіка, 1999. — 331 с.
25. *Щербина В. С.* Господарське право / В. С. Щербина. — Київ : Юрінком Інтер, 2002.
26. *Мозолин В. П.* Современная доктрина и гражданское законодательство / В. П. Мозолин. — М., 2008.
27. *Мозолин В. П.* Роль гражданского законодательства в регулировании комплексных имущественных отношений / В. П. Мозолин // Журнал российского права. — 2010. — № 1. — С. 26–31.
28. *Майданик Р. А.* Локальні акти в цивільному праві України: поняття, природа, класифікація / Р. А. Майданик // Бюлетень міністерства юстиції України. — 2011. — № 1. — С. 78–85.
29. *Костюченко О. А.* Банківське право України / О. А. Костюченко. — Київ, 2006. — 624 с.
30. *Макарова О. А.* Корпоративное право : учебник для студентов юридических вузов / О. А. Макарова. — М., 2005. — 420 с.

## REFERENCES

1. Herdehen M. Mizhnarodne pravo [International law], Kyiv: K.I.S., 2011, 516 p.
2. Borysova V. I., Prystupa S. N. Akty tsyvilnoho zakonodavstva. Tsyvilne pravo [Acts of the civil legislation. Civil law], Kharkiv: Pravo, 2011, vol. 1, 656 p.
3. Khimchuk N. I. Dzherela tsyvil'noho prava Ukrainy [Sources of civil law of Ukraine], Odesa, 2011, 21 p.
4. Maidanyk R. A. Dzherela tsyvilnoho prava Ukrainy: poniattia, systema, vydy. Pravova doktryna Ukrainy [Sources of civil law of Ukraine: concept, system, types. The legal doctrine], Kharkiv: Pravo, 2013, vol. 3, 760 p.
5. Topolevskiy R. B. Systemni zviazky iurydychnykh dzherel prava [System communications of legal sources of law], Kharkiv, 2004, 19 p.
6. Melnyk A. Dopovniuiuchi dzherela ukraïnskoho prava [Supplementing a source of the Ukrainian law], *Iurydychna Ukraina*, 2013, no. 11, pp. 30–35.
7. Kharytonov Ie. Deiaki problemy vyznachennia poniattia ta sfery dii aktiv tsyvilnoho zakonodavstva Ukrainy [Some problems of definition of a concept and coverage of legal acts of Ukraine], *Suchasni problemy pryvatnoho prava: zbirnyk naukovykh prats, prysviachenykh 80-i richnytsi z Dnia narodzhennia Iaroslavny Mykolaivny Shevchenko*, Kyiv: VHO «Asotsiatsiia tsyvilistiv Ukrainy»; Kamianets-Podilskiy, TOV «Drukarnia «Ruta», 2012, 464 p.
8. Truba V. I. Tsyvilne zakonodavstvo. Entsyklopediia tsyvilnoho prava Ukrainy [Civil legislation. Encyclopedia of civil law of Ukraine], Kyiv: In Iure, 2009.
9. Maidanyk R. A. Tsyvilne pravo: Zahalna chastyna [Civil law: General part], Kyiv: Alerta, 2012, vol. I, 472 p.
10. Strykh V. M. Teoriya gosudarstva i prava [The theory of state and law], Moskva: Yuridicheskii Dom «Yustitsinform», 2004. 704 p.
11. Belianevych O. A. Hospodarske dohovirne pravo Ukrainy (teoretychni aspekty) [Economic contract law of Ukraine (theoretical aspects)], Kyiv: Yurinkom Inter, 2006, 589 p.
12. Maidanyk R. A. Pravovy zvychai iak dzherelo tsyvilnoho prava [Legal custom as source of civil law], *Iurydychna Ukraina*, 2009, no. 6 (78), pp. 67–72.
13. Pervomaiskyi O. O. Zahalna kharakterystyka zasad tsyvilnoho zakonodavstva. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: Naukovo-praktychnyi komentar (poiasnennia, tлумachennia, rekomendatsii z vykorystanniam pozytsii vyshchykh sudovykh instantsii, Ministerstva iustyttsii, naukovtsiv, fakhivtsiv) [General characteristic of the principles of the civil legislation. Civil code of Ukraine: The scientific and practical comment (an explanation, interpretation, recommendations with use of positions of the highest degrees of jurisdiction, the Ministries of Justice, scientists, experts)], 2010, vol. 1, 320 p.
14. Pervomaiskiy O. O. Ponyatie istochnika grazhdanskogo prava v kontekste sovremennogo pravoponimaniya. Kharkovskaya tsivilisticheskaya shkola: v dukhe traditsiy [Concept of a source of civil law in the context of modern law understanding. Kharkiv civil school: in the spirit of traditions], Kharkov: Pravo, 2011, 296 p.
15. Pohrebniak S. P. Osnovopolozhni pryntsypy prava [Fundamental principles of law], Kharkiv, 2009, 36 p.
16. Pohribnyi S. O. Mekhanizm ta pryntsypy rehuliuвання dohovirnykh vidnosyn u tsyvilnomu pravi Ukrainy [The mechanism and the principles of regulation of the contractual relations in civil law Ukraine], Kyiv: Pravova iednist, 2009, 304 p.
17. Batler U. E. Pravo sobstvennosti v ukraïnskom prave. Problemy garmonizatsii zakonodatelstva Ukrainy i stran Evropy [Ownership right in the Ukrainian law. Problems harmonization of the legislation of Ukraine and countries of Europe], Kiev: Yurinkom Inter, 2003.
18. Malyshev B. V. Sudovy pretsedent u pravovii systemi Anhlïi (teoretyko-pravovy aspekt) [Judicial precedent in legal system of England (theoretical-legal aspect)], Kyiv, 2002, 229 p.
19. Malyshev B. V. Sudovy pretsedent u pravovii systemi Anhlïi [Judicial precedent in legal system of England], Kyiv, 2008, 344 p.
20. Shevchuk S. V. Sudova pravotvorchist: svitovy dosvid i perspektyvy v Ukraini [Judicial law-making: international experience and prospects in Ukraine], Kyiv: Referat, 2007, 640 p.
21. Romaniuk Ia. M. Zastosuvannia tsyvilno-pravovykh norm u tsyvilnomu sudochynstvi Ukrainy (pytannia teorii i praktyky) [Use of civil norms in civil legal proceedings of Ukraine (questions of the theory and practice)], Kyiv: In Iure, 2016, 536 p.
22. Alekseev S. S. Gosudarstvo i pravo. Nachalny kurs [State and law. Initial course], Moskva: Yuridicheskaya literatura, 1996.
23. Iavorska O. S. Dohovirni zoboviazannia pro peredannia maina u vlasnist: tsyvilno-pravovy aspekty [Contractual obligations about cession of property in property: civil aspects], Kyiv, 2011, 454 p.
24. Shcherbyna V. S. Hospodarske pravo [Economic law], Kyiv: Atika, 1999, 331 p.
25. Shcherbyna V. S. Hospodarske pravo [Economic law], Kyiv: Iurinkom Inter, 2002.
26. Mozolin V. P. Sovremennaya doktrina i grazhdanskoe zakonodatelstvo [Modern doctrine and civil legislation], Moskva, 2008.
27. Mozolin V. P. Rol grazhdanskogo zakonodatelstva v regulirovanii kompleksnykh imushchestvennykh otnosheniy [Role of the civil legislation in regulation of the complex property relations], *Zhurnal rossiyskogo prava*, 2010, no. 1, pp. 26–31.

28. Maidanyk R. A. Lokalni akty v tsyvilnomu pravi Ukrainy: poniattia, pryroda, klasyfikatsiia [Local acts in civil law of Ukraine: concept, nature, classification. Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine], *Biuleten ministerstva iustytzii Ukrainy*, 2011, no. 1, pp. 78–85.
29. Kostiuhenko O. A. Bankivske pravo Ukrainy [The bank law of Ukraine], Kyiv, 2006, 624 p.
30. Makarova O. A. Korporativnoe pravo [Corporate law], Moskva, 2005, 420 p.

**Майданик Р. Вчення про джерела цивільного права України**

**Анотація.** У статті досліджуються поняття і тенденції вчення про джерела цивільного права України. Дається характеристика поняття «джерела цивільного права». Аналізуються критерії класифікації джерел цивільного права. Обґрунтовується доцільність поділу системи джерел цивільного права на три групи: а) первинні/базові; б) похідні/вторинні; в) джерела пізнання цивільного права.

**Ключові слова:** вчення про джерела цивільного права, цивільне законодавство, судовий прецедент, квазіпрецедент, нормативне судове рішення, правовий звичай, принципи цивільного права, моральні засади суспільства, нормативно-правовий договір, цивільно-правовий договір, локальні правові акти.

**Майданик Р. Учение об источниках гражданского права Украины**

**Аннотация.** В статье исследуются понятие и тенденции учения об источниках гражданского права Украины. Дается характеристика понятия «источники гражданского права». Анализируются критерии классификации источников гражданского права. Обосновывается целесообразность деления системы источников гражданского права на три группы: а) первичные/базовые; б) производные/вторичные; в) источники познания гражданского права.

**Ключевые слова:** учение об источниках гражданского права, гражданское законодательство, судебный прецедент, квазипрецидент, нормативное судебное решение, правовой обычай, принципы гражданского права, моральные устои общества, нормативно-правовой договор, гражданско-правовой договор, локальные правовые акты.

**Maidanyk R. The Doctrine of the Sources of Ukrainian Civil Law**

**Annotation.** The concept and trends of the Ukrainian Doctrine of Civil Law Sources are considered. The Concept of Civil Law Sources are explored. The Criterion of Classification of Civil Law Sources are analysed. The Feasibility of the Division of the Civil Law Source's System into three groups are proved, namely: a) primary/basic; b) secondary/derivative; c) the Sources of Knowledge of the Civil Law.

**Key words:** Doctrine of the Civil Law Sources, Civil Laws, Court Precedent, Quasiprecedent, normative court decision, legal custom, moral foundations of the society, normative-legal agreement, civil-law agreement, local legal acts.

## ДО ПИТАННЯ ПРО МІСЦЕ МАЙБУТНЬОГО ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА



**О. ЯРОШЕНКО**

*доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
професор кафедри трудового права  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

Прийнята 28 червня 1996 р. Конституція України [1] створила легітимне підґрунтя державності, побудованої на демократичних принципах, стала чинником стабілізації політичного життя країни, забезпечивши суспільство і владу цивілізованими формами вирішення конфліктів. Принципово змінилися акценти у співвідношенні «держава — людина». Якщо в умовах радянського суспільства особа зобов'язувалася погоджувати свої дії насамперед з інтересами держави, то чинний Основний Закон встановлює інший принцип. Визнання, дотримання й захист прав і свобод людини проголошено конституційним обов'язком держави. У жодному випадку остання не може зазіхати на права та свободи особи й приносити їх у жертву своїм власним інтересам. Права та свободи людини, їх економічні, політичні й юридичні гарантії становлять зміст і спрямованість діяльності держави [2, 100–121]. Зазначене втілюється у соціальній державі. Для неї характерний постійний діалог людини з державою у сфері політики, економіки, культури, основою матеріального забезпечення якого є інноваційний розвиток інформаційних технологій, що виник-

ли у результаті науково-технічного прогресу і є засобами його подальшого розвитку. Інноваційний розвиток збагачує свідомість населення, його інтенси й вимоги, що сприяє зміні функціонування інститутів держави в соціальній сфері.

Конституція, проголосивши Україну соціальною державою, встановила низку приписів щодо соціально-трудова прав громадян, які є нормами прямої дії. Це право на:

- працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею;
- належні безпечні і здорові умови праці;
- своєчасне одержання винагороди за працю;
- відпочинок, що забезпечується наданням днів щотижневого відпочинку й оплачуваної щорічної відпустки та ін.

Реалізація цих, а також інших соціально-економічних прав неможлива без активної участі держави.

До основних пріоритетів соціальної політики України у сфері праці належать:

- удосконалення трудового законодавства (зокрема, забезпечення розроблення і прийняття Трудового кодексу



України, Закону України «Про промислову безпеку»);

- покращення системи моніторингу і прогнозування ситуації на ринку праці;
- забезпечення збалансованості професійної освіти й попиту на робочу силу;
- стимулювання економічної активності населення;
- широка інформаційно-роз'яснювальна робота серед населення щодо трудових прав, способів їх захисту й переваг легальної зайнятості;
- створення гарантійного Фонду для забезпечення захисту грошових вимог працівників у разі банкрутства роботодавця;
- розвиток кадрового потенціалу;
- підвищення якості робочих місць;
- розроблення механізмів реалізації міжнародних договорів про взаємне працевлаштування і соціальний захист трудящих-мігрантів, однією зі сторін яких є Україна;
- запровадження дійових механізмів легалізації доходів громадян, які працюють за кордоном;
- поліпшення ефективності нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства [3, 165].

Трудове право як одна з провідних галузей у системі національного права покликане відігравати визначальну роль у житті суспільства, в соціальних перетвореннях, які відбуваються в Україні. Це можливо за умови докорінного переосмислення сутності джерел трудового права і перебудови на цій основі системи законодавства про працю. Реформування останнього має бути спрямовано на приведення його у відповідність до Конституції України з урахуванням загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права, а також нових соціально-економічних реалій, за яких функціонує сучасний ринок праці.

Джерела трудового права слід трактувати з двох основних позицій. Перша

означає формальний підхід. При цьому джерелами трудового права вважається весь масив загальновідомих і внутрішньо структурованих форм установлення й вираження нормотворчими органами загальнообов'язкових правил, які регламентують трудові й пов'язані з ними відносини. Водночас приписи права створюються для впровадження їх у суспільні відносини, на регламентування яких вони спрямовані. Отже, джерела трудового права можуть матеріалізуватися у конкретній мережі правовідносин. Із позиції матеріального аспекту досліджувані джерела виявляються у тих відносинах, що становлять предмет трудового права. Саме з формальним поняттям «джерела права» частіше за все доводиться стикатися не тільки в науці трудового права, а й на практиці, у повсякденному житті, оскільки воно дає змогу пізнати трудове право з позицій нормативного змісту та його належності до конкретного суб'єкта — працівника, роботодавця, профспілки тощо.

Однією з особливостей трудового права України є різноманітність його формальних джерел. Це зумовлено потребами практичного вирішення комплексних завдань забезпечення цілісного регулювання численних відносин у сфері праці. У зв'язку з цим трудо-правові норми втілюються як у міжнародних договорах, нормативних актах компетентних державних органів, так і в актах соціального партнерства й локальних актах тощо.

Системне дослідження джерел трудового права є доцільним, адже воно дає можливість: а) ширше відобразити механізм впливу норм права на відносини у сфері праці; б) повніше виявити юридичні аспекти взаємодії нормотворців; в) чіткіше встановити внутрішні зв'язки в самому нормативному масиві; г) зрозуміти взаємозалежність між правовими реаліями й оточуючими соціальними явищами, процесами, на які вони впливають.

Система джерел трудового права являє собою сукупність видів його джерел, у той час як система трудового права як галузь містить у собі правові норми, згруповані у відповідні інститути. Система джерел трудового права відображає об'єктивні закономірності системи цієї галузі. Однак вона не позбавлена такого суб'єктивного чинника, як розсуд суб'єкта нормотворчості при створенні конкретного правового акта або певної групи актів у сфері регулювання трудових і пов'язаних із ними відносин. Крім того, джерела трудового права іноді комплексно вирішують проблеми, що стосуються різних правових інститутів або навіть різних галузей права, виокремлюють самостійні розділи без урахування сформованої галузевої природи відносин. Як наслідок, ці дві системи — галузі і джерела трудового права — не завжди збігаються. Ознаками системи джерел трудового права є: 1) зумовленість суспільних відносин, які регламентуються нею, предметом і методом правового регулювання праці; 2) цілісність; 3) неадитивність; 4) численність джерел трудового права як її елементів; 5) певна самостійність кожного джерела трудового права, зумовлена сферою впорядкування й компетенцією нормотворця, який його прийняв; 6) точно визначене становище кожного джерела трудового права в системі джерел цієї галузі; 7) структурна впорядкованість елементів (джерел), що визначає їх функціональні взаємозв'язки і взаємозалежності [4–6].

Нині основним актом, що регламентує трудові відносини, є Кодекс законів про працю України (далі — КЗпП України) [7], прийнятий ще 10 грудня 1971 р. й орієнтований на жорстке державне регулювання. Чинний КЗпП України, незважаючи на численні зміни й доповнення, усе менше відповідає соціально-економічній ситуації в країні. Виник і постійно зростає надзвичайно небезпечний розрив між правовим

регулюванням різних царин соціально-економічної діяльності. Дія норм, орієнтованих на високий рівень формальної правової захищеності працівника, викликає несприятливі економічні й (що на перший погляд є парадоксальним) соціальні наслідки.

Спроба авторів проекту Трудового кодексу України (реєстраційний № 1658, текст доопрацьований від 20 травня 2015 р.) (далі — Проект) [8] присвятити у ньому спеціальну главу 2 Книги першої «Загальні положення» правовим актам, що регулюють відносини у сфері праці, викликає схвалення та підтримку.

Однак деякі положення цієї глави є дискусійними та такими, що потребують серйозного доопрацювання.

Загальновідомо, що всі сучасні держави широко використовують таке формальне джерело права, як нормативний акт. Вони полегшують суб'єктам права ознайомлення з приписами, що містяться у них. Унаслідок своєї якісної характеристики нормативний акт, на відміну від інших форм права, дає можливість більш предметно й результативно впливати на суспільні відносини. Завдяки своєму змісту й формі саме ним регулюється багато життєво важливих суспільних відносин, серед яких і пов'язані з реалізацією права на працю. В Україні досі відсутній єдиний законодавчий акт, який встановлював би вимоги щодо розроблення нормативно-правових актів, їх прийняття, набрання ними чинності, обліку, системи, видів, ієрархії та нормопроєктувальної техніки. Створення ефективної системи законодавства, встановлення єдиних загальнообов'язкових вимог до розроблення і прийняття нормативно-правових актів, сприяння упорядкуванню й підвищенню якості нормотворчої діяльності, стабілізації та систематизації законодавства і на цій основі — зміцнення законності та правопорядку, утвердження принципу верховенства права, забезпечення належ-

них умов для реалізації прав і свобод людини та їх ефективного захисту повинно стати метою розроблення Закону «Про нормативно-правові акти». Це сприятиме подальшому утвердженню принципу верховенства права, встановить критерії законності, конституційності нормотворчої діяльності, сприятиме підвищенню якості нормотворчої роботи, уніфікує порядок прийняття нормативно-правових актів, встановить підходи до видів, форм та ієрархії нормативно-правових актів, законодавчо закріпить умови вирішення юридичних колізій, наявних у правовій системі, що загалом покращить рівень підготовки нормативно-правових актів [9, 74].

Вважаємо, що в ст. 10 Проекту, яка має назву «Система нормативно-правових та інших актів, що регулюють трудові відносини», доречно навести трактування терміна «нормативно-правовий акт, що регулює трудові відносини» як офіційного письмового документа, прийнятого уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою процедурою, спрямованого на регулювання трудових відносин, які містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування.

При цьому не є джерелами трудового права правові акти, що: 1) мають персональний характер (про склад комісії, призначення на посаду і звільнення з неї, заохочення та дисциплінарну відповідальність тощо); 2) вичерпують свою дію одноразовим застосуванням, крім актів про затвердження положень, інструкцій тощо, які містять правові норми; 3) мають оперативно-розпорядчу природу (разові доручення); 4) доводять до відома заінтересованих осіб рішення вищестоящих органів; 5) спрямовані на організацію виконання рішень органів влади, вищестоящих органів, органів господарського управління й контролю та не містять

нових правових норм [10, 47, 48]. Відповідні положення слід закріпити у ст. 10 «Система нормативно-правових та інших актів, що регулюють трудові відносини» Проекту.

Не є прийнятним формулювання другого речення ч. 2 ст. 10 Проекту, відповідно до якого сторони колективних угод і договорів, трудового договору мають право врегулювати в угоді чи договорі тільки відносини, не врегульовані трудовим законодавством. За логікою нормотворця виходить, що в угоді чи договорі сторони не можуть це зробити навіть у бік покращення становища працівника, якщо попередньо ці відносини вже були врегульовані актами трудового законодавства. Ця позиція є хибною та такою, що фактично позбавляє сторони можливості передбачати додаткові пільги й гарантії працівникам. Необхідно пам'ятати, що в питанні поєднання централізованого й договірного регулювання соціально-трудова відносин повинно йтися не про втручання держави, а про її сприяння, мета якого — виконання її обов'язків щодо людини і громадянина. Централізована регламентація сьогодні потрібна, щоб забезпечити насамперед мінімум гарантій найманим працівникам. Переорієнтація вітчизняної економіки на ринкові відносини, визнання прав громадян на вільне використання своєї здатності до праці віднесли до пріоритетних завдань докорінне перетворення всього комплексу соціально-трудова відносин. Це, в свою чергу, потребує створення ефективного правового механізму впорядкування умов праці, що дозволив би належним чином забезпечити захист трудових прав працівників. На наше переконання, зміна ролі держави не повинна призвести до повного саморегулювання трудових і пов'язаних із ними відносин. При визначенні співвідношення державної, соціально-партнерської та локальної регламентації дуже важливо правильно знайти оптимальний механізм окреслення

межі договірному регулюванню, щоб не допустити погіршення становища працівників порівняно з чинним трудовим законодавством. Вихідні положення, що фіксують мінімальний рівень трудових прав і гарантій працівників, мають встановлюватися законодавством, а їх конкретизація щодо регіонів, галузей, територій, окремих підприємств, установ та організацій, конкретних працівників провадитися у договірному порядку. В усіх випадках, коли законодавчі акти містять диспозитивні норми, конкретне вирішення того чи іншого питання має здійснюватися договірним шляхом.

З огляду на зазначене, вважаємо, що основні напрями державного сприяння регулюванню трудових відносин повинні полягати: а) у визначенні мінімального рівня гарантій трудових прав працівників; б) у встановленні загальнообов'язкових норм трудового законодавства; в) у контролі й нагляді за його дотриманням; г) у регламентації норм, механізмів і процедур, яких сторонам трудових відносин та їх представникам необхідно дотримуватися.

Договірні правові акти, будучи підзаконними, мають конкретизувати, деталізувати й розвивати загальні норми трудового законодавства щодо умов певного підприємства. У цьому полягає головне їх призначення. В умовах переходу від адміністративно-командної системи управління економікою до ринкової системи господарювання й вільної конкуренції значення договірному регулюванню трудових відносин постійно зростає. Саме соціально-партнерський метод у своїй основі дозволяє більшою мірою реалізовувати основні принципи трудового права і повинен відповідати сучасним умовам економічного розвитку, враховуючи різноманіття організаційно-правових форм власності. Такий метод є гнучким і динамічним, що дає можливість швидко реагувати на зміни економічної ситуації і брати до уваги особливості

розвитку окремих регіонів, галузей виробництва, професій, що зумовлюють, у свою чергу, особливості умов праці працівників, зайнятих на роботах у цих регіонах, галузях господарства, за цими професіями. Підвищення ролі цього виду правового впорядкування трудових відносин впливає й на централізовану правову регламентацію праці. Це виражається у збільшенні обсягу соціально-партнерських і локальних нормативних актів через доповнення й конкретизацію в них норм, які містяться у централізованому акті, що призводить до зменшення обсягу змісту останніх.

Згідно з ч. 3 ст. 10 Проекту тільки у випадках, передбачених законодавством, колективними угодами та колективними договорами, трудові відносини можуть регулюватися нормативними актами роботодавця. Виникає запитання: чи можуть трудові відносини регулюватися актами роботодавця у випадках, не передбачених законодавством, колективними угодами та колективними договорами? Зважаючи на логіку суб'єкта законодавчої ініціативи, — ні.

Беручи до уваги багатоманіття відносин у царині, що виникають на підприємстві, проблематично сподіватися, що всі вони будуть належним чином урегульовані законодавством, колективними угодами та договорами, або в останніх буде передбачена можливість регулювання всього різноманіття відносин актами роботодавця. З метою надання роботодавцю права оперативного управління працівниками та майном підприємства доречним є закріплення положення, що нормативні акти роботодавця можуть регулювати трудові відносини в частині, яка не суперечить законодавству, колективним угодам і договорам.

У статті 9 Основного Закону проголошується, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законо-

давства держави. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про міжнародні договори України» [11] цей документ застосовується до всіх міжнародних договорів держави, регульованих нормами міжнародного права й укладених відповідно до її Конституції й вимог цього правового акта. На підставі такого положення можна дійти висновку, що тільки норми Конституції мають вищу юридичну силу, ніж норми міжнародних договорів, обов'язкових для України. Зважаючи на наведене, вважаємо недоречним, що ст. 14 «Міжнародні договори» розміщена після статей про нормативні акти роботодавця (ст. 12) та акти нормативно-технічного характеру (ст. 13). Людина, яка ознайомлюватиметься з кодексом, може дійти, на перший погляд, логічного висновку про другорядність міжнародних угод, однак це недопустимо. Вважаємо, що стаття, присвячена міжнародним дого-

ворам у Проекті, повинна йти одразу після ст. 11 «Акти трудового законодавства».

Наостанок наголосимо, що новий Трудовий кодекс України повинен містити таке співвідношення централізованого й договірною регулювання відносин у царині праці, як-от:

а) за державою зберігається право закріплення й конкретизації в трудовому законодавстві конституційних положень, основних процедур і комплексу загальнообов'язкових гарантій трудових прав працівників;

б) на соціально-партнерському та колективно-договірному рівнях визначаються галузеві, регіональні, виробничі та інші особливості організації праці й реалізації трудових гарантій;

в) індивідуально-договірне регулювання стає способом визначення за участю працівника безпосередніх умов його праці і стимулювання.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Барабаш Ю. Г. Утвердження засад соціальної держави як напрям конституціоналізації законодавства України про працю та соціальне забезпечення. Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України : монографія / Ю. Г. Барабаш, О. М. Ярошенко ; наук. ред. Ю. С. Шемчущенко ; відпов. ред. Н. М. Пархоменко. — Київ : Юридична думка, 2013. — С. 100–121.
3. Держава та її органи як суб'єкти трудового права: теоретико-прикладний нарис : монографія / за наук. ред. О. М. Ярошенка. — Харків : Право, 2014. — 288 с.
4. Ярошенко О. М. Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України : монографія / О. М. Ярошенко. — Харків : Вид. СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. — 456 с.
5. Ярошенко О. М. Джерела трудового права України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05 / Ярошенко Олег Миколайович. — Харків, 2007. — 476 с.
6. Ярошенко О. М. Деякі питання системи джерел трудового права України / О. М. Ярошенко // Проблеми законності. — 2006. — Вип. 77. — С. 43–48.
7. Кодекс законів про працю України : затв. Законом УРСР від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1971. — № 50 (Додаток). — Ст. 375.
8. Проект Трудового кодексу України (реєстраційний № 1658, текст доопрацьований від 20 травня 2015 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=53221](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221)
9. Кодифікація трудового законодавства України : монографія / Н. М. Хуторян, О. Я. Лаврів, С. В. Вишневецька [та ін.] ; за ред. Н. М. Хуторян, М. І. Іншина, С. М. Прилипко, О. М. Ярошенка. — Харків : ФІНН, 2009. — 432 с.
10. Трудове право : підруч. / О. М. Ярошенко, С. М. Прилипко, А. М. Слюсар [та ін.] ; за ред. О. М. Ярошенка. — 2-ге вид., переробл. і допов. — Харків : Право, 2017. — 560 с.
11. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.

## REFERENCES

1. Konstytutsiia Ukrainy vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR [The constitution of Ukraine of June 28, 1996 № 254k/96VR], *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 1996, no. 30, Article 141.
2. Barabash Iu. H., Iaroshenko O. M. Utverdzhennia zasad sotsialnoi derzhavy iak napriam konstytutsionalizatsii zakonodavstva Ukrainy pro pratsiu ta sotsialne zabezpechennia [Statement of bases of the social state as direction of a constitutionalization of the legislation of Ukraine on work and social assistance], *Teoriia i praktyka konstytutsionalizatsii haluzevoho zakonodavstva Ukrainy*, Kyiv: Iurydychna dumka, 2013, pp. 100–121.
3. Derzhava ta ii orhany iak subiekty trudovoho prava: teoretyko-prykladnyi narys [State and its bodies as subjects of a labor law], Kharkiv: Pravo, 2014, 288 p.
4. Iaroshenko O. M. Teoretychni ta praktychni problemy dzherel trudovoho prava Ukrainy [Theoretical and practical problems of sources of a labor law of Ukraine], Kharkiv: Vyd. SPD FO Vapniarchuk N. M., 2006, 456 p.
5. Iaroshenko O. M. Dzherela trudovoho prava Ukrainy [Sources of a labor law of Ukraine], Kharkiv, 2007, 476 p.
6. Iaroshenko O. M. Deiaki pytannia systemy dzherel trudovoho prava Ukrainy [Some questions of system of sources of a labor law of Ukraine], *Problemy zakonnosti*, Kharkiv, 2006, Issue 77, pp. 43–48.
7. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy: zatv. Zakonom URSR vid 10 hrudnia 1971 r. № 322-VIII [Labor code of Ukraine: approved by the Law of RSFSR of December 10, 1971 № 322-VIII], *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR, 1971*, no. 50 (Dodatok), Article 375.
8. Proekt Trudovoho kodeksu Ukrainy (reiestratsiinyi № 1658, tekst doopratsovanyi vid 20 travnia 2015 r.) [The draft of the Labour code of Ukraine (the registration № 1658, the text finished on May 20<sup>th</sup>, 2015)]. Available at: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=53221](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221)
9. Kodyfikatsiia trudovoho zakonodavstva Ukrainy [Codification of the labor law of Ukraine], Kharkiv, 2009, 432 p.
10. Trudove pravo [Labour law], Kharkiv: Pravo, 2017, 560 p.
11. Pro mizhnarodni dohovory Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 29 chervnia 2004 r. № 1906-IV [About international treaties of Ukraine: The law of Ukraine of June 29, 2004 № 1906-IV], *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2004, no. 50, Article 540.

### **Ярошенко О. До питання про місце майбутнього Трудового кодексу України в системі джерел трудового права**

**Анотація.** Трудове право покликане відігравати визначальну роль у житті суспільства, в соціальних перетвореннях, які відбуваються в Україні. Це можливо за умови докорінного переосмислення сутності джерел трудового права і перебудови на цій основі системи законодавства про працю. Реформування останнього має бути спрямовано на приведення його у відповідність до Конституції України з урахуванням загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права, а також нових соціально-економічних реалій, за яких функціонує сучасний ринок праці.

Однією з особливостей трудового права України є різноманітність його формальних джерел. Це зумовлено потребами практичного вирішення комплексних завдань забезпечення цілісного регулювання численних відносин у сфері праці. Системне бачення джерел трудового права дає можливість: а) ширше відобразити механізм впливу норм права на відносини у сфері праці; б) повніше виявити юридичні аспекти взаємодії нормотворців; в) чіткіше встановити внутрішні зв'язки в самому нормативному масиві; г) зрозуміти взаємозалежність між правовими реаліями й оточуючими соціальними явищами, процесами, на які вони впливають.

Чинний Кодекс законів про працю України, прийнятий ще 10 грудня 1971 р., незважаючи на внесені в нього численні зміни й доповнення, усе менше відповідає соціально-економічній ситуації в країні. Виник і постійно зростає надзвичайно небезпечний розрив між правовим регулюванням різних царин соціально-економічної діяльності.

Необхідно через новий Трудовий кодекс України послідовно провести таке співвідношення централізованого й договірному регулювання відносин у царині праці: а) за державою зберігається право закріплення й конкретизації в трудовому законодавстві конституційних положень, основних процедур і комплексу загальнообов'язкових гарантій трудових прав працівників; б) на соціально-партнерському та колективно-договірному рівнях визначаються галузеві, регіональні, виробничі та інші особливості організації праці й реалізації трудових гарантій; в) індивідуально-договірне регулювання стає способом визначення за участю працівника безпосередніх умов його праці і стимулювання.

**Ключові слова:** соціальна держава, джерела трудового права, система, Конституція України, Трудовий кодекс України, трудове законодавство, працівник, роботодавець, трудові права.

**Ярошенко О. К вопросу о месте будущего Трудового кодекса Украины в системе источников трудового права**

**Аннотация.** Трудовое право призвано сыграть определяющую роль в жизни общества, в социальных преобразованиях, происходящих в Украине. Это является возможным при условии коренного переосмысления сущности источников трудового права и перестройки на этой основе системы законодательства о труде. Реформирование последнего должно быть направлено на приведение его в соответствие с Конституцией Украины с учетом общепризнанных принципов и норм международного права, а также новых социально-экономических реалий, при которых функционирует современный рынок труда.

Одной из особенностей трудового права Украины является разнообразие его формальных источников. Это обусловлено потребностями практического решения комплексных заданий обеспечения целостного регулирования многочисленных отношений в сфере труда. Системное виденье источников трудового права дает возможность: а) шире отобразить механизм влияния норм права на отношения в сфере труда; б) полнее выявить юридические аспекты взаимодействия нормотворцев; в) четче установить внутренние связи в самом нормативном массиве; г) понять взаимозависимость между правовыми реалиями и окружающими социальными явлениями, процессами, на которые они влияют.

Действующий Кодекс законов о труде Украины, принятый еще 10 декабря 1971 г., невзирая на внесенные в него многочисленные изменения и дополнения, все меньше отвечает социально-экономической ситуации в стране. Возник и постоянно растет чрезвычайно опасный разрыв между правовым регулированием разных сфер социально-экономической деятельности.

Необходимо через новый Трудовой кодекс Украины последовательно провести следующее соотношение централизованного и договорного регулирования отношений в сфере труда: а) за государством сохраняется право закрепления и конкретизации в трудовом законодательстве конституционных положений, основных процедур и комплекса общеобязательных гарантий трудовых прав работников; б) на социально-партнерском и коллективно-договорном уровнях определяются отраслевые, региональные, производственные и другие особенности организации труда и реализации трудовых гарантий; в) индивидуально-договорное регулирование становится способом определения при участии работника непосредственных условий его труда и стимулирования.

**Ключевые слова:** социальное государство, источники трудового права, система, Конституция Украины, Трудовой кодекс Украины, трудовое законодательство, работник, работодатель, трудовые права.

**Yaroshenko O. About Place of New Labor Code of Ukraine in the System of Sources of Labor Law**

**Annotation.** A labor law is intended to play a determinative role in the life of society and those social changes that take place in Ukraine. A fundamental reflection of sources of labor law and appropriate changes in the national legislation will make this possible. Legal reforms should bring the labor legislation in accordance to Constitution of Ukraine, universal principles and norms of international law and new socio-economic reality.

One of features of labor law sources is their diversity, that is caused by necessity to resolve multiple practical issues in legal relations. A system vision of sources of labor law provides: a) better explaining a mechanism of influence of legal norms on labor relations; b) detecting of juridical aspects of interaction between legislative organs; c) setting more clear linking inside of legal massive; d) understanding a dependency of social facts from legal norms.

Valid Labor Code of Ukraine has been accepted in far 1971, and even though many changes have been added to it, this Act less and less recalls nowadays situation in the country. A distance between legal regulation of different spheres is increasing continuously.

That's why it is necessary to set following correlation between state and local legal regulation of labor relations: a) state saves its right to regulate and concretize Constitutional norms, main procedures and complex of compulsory guarantees of employees; b) social partnership and local levels determine regional, local and other features of labor organization and realization of labor guarantees; c) individual regulation becomes a way to determine together with an employee his personal working conditions and stimulations.

**Key words:** social state, sources of labor law, system, Constitution of Ukraine, Labor Code of Ukraine, labor legislation, employee, employer, labor rights.

## ДЖЕРЕЛА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДОКТРИНАЛЬНОГО ВИЗНАЧЕННЯ, КЛАСИФІКАЦІЇ ТА СИСТЕМНОГО АНАЛІЗУ



**Т. КОЛОМОЄЦЬ**

*доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
декан юридичного факультету  
Запорізького національного університету,  
заслужений юрист України*

В умовах сучасних державотворчих і правотворчих процесів в Україні, безпосередньо пов'язаних із переглядом сутності, призначення адміністративного права, впровадження нової «базової» моделі відповідних галузевих правовідносин, численних новітніх галузевих правових інститутів, стандартів галузевого правового регулювання, розширення кола суб'єктів адміністративно-правових відносин, проблематика джерел адміністративного права не лише не втрачає, а й набуває особливої актуальності, теоретичного та практичного значення. Незважаючи на значну кількість наукових праць із зазначеної проблематики, комплексних монографічних досліджень, присвячених джерелам адміністративного права, не так вже й багато (однією з таких цілком справедливо можна вважати працю О. Константого, однак зважаючи на час, що минув, її положення вже дещо застаріли). У більшості випадків питання джерел адміністративного права досліджуються або у контексті вивчення більш змістовної галузевої проблематики (наприклад, праці О. Андрійко, Ю. Битяка, В. Гаращука, А. Берлача, С. Ківалова, В. Колпакова, О. Кузьменко, Є. Кубка, О. Рябченко,

А. Селіванова, С. Стеценка та ін.), або ж увага вчених-адміністративістів зосереджується на їх окремих різновидах (наприклад, судового прецеденту — К. Латиніна, А. Партехи, А. Журавльова та ін.; нормативно-правових актів — О. Борбунюк, І. Голосніченка та ін.; кодексу — Ш. Гаджієвої, Є. Литвиненко, О. Миколенка, І. Федорова, А. Школика, Х. Ярмачі та ін.; підзаконних нормативно-правових актів — Л. Горбунової, Л. Кузенко, О. Рябченко, П. Чабана та ін.; адміністративно-правової доктрини — Ю. Битяка, Д. Лук'янца, Р. Мельника, Н. Нижник, А. Селіванова, С. Стеценка та ін.; рішень Європейського суду з прав людини — А. Журавльова, Н. Коваленко, В. Колпакова, А. Комзюка та ін.; рішень місцевих рад — Л. Баєвої та ін.), або ж на джерелах окремих підгалузей, інститутів адміністративного права (наприклад, адміністративно-деліктного права — В. Гаращука, І. Голосніченка, М. Лышицького, Д. Лук'янца, В. Колпакова, І. Федорова та ін.; адміністративно-процедурного права — Д. Астахова, Т. Мінки, О. Миколенка, Р. МIRONЮКА та ін.; адміністративно-процесуального права — А. Апарова, В. Бевзенка, І. Картузової, А. Комзюка, О. Музи,



А. Осадчого, О. Рябченко, М. Смоковича та ін.; службового права — Р. Мельника, Т. Аніщенко та ін.; адміністративно-господарського права — Є. Петрова та ін.; поліцейського права — М. Лошицького, О. Проневича та ін.; адміністративно-інфраструктурного права — В. Галунька та ін.), або ж деяких питаннях їх генези, порівняльно-правової характеристики з джерелами адміністративного права зарубіжних країн (наприклад, праці М. Германюк, С. Мойсак, С. Саєнка, Ю. Цуркаленко, А. Школика та ін.).

Однак навіть незважаючи на таку кількість та розмаїття тематичних праць, і досі залишається чимало питань, щодо яких немає єдності поглядів представників галузевої наукової фахової спільноти, а положення їхніх досліджень відзначаються фрагментарністю, суперечливістю змістовного наповнення. Хотілося б звернути увагу на деякі з них.

Так, одним із таких питань є визначення джерел адміністративного права. Аналіз наявної наукової, навчальної, публіцистичної, галузевої фахової літератури дозволяє умовно виокремити декілька домінуючих (превалюючих) підходів у визначенні джерел адміністративного права:

1. Поєднання загальнотеоретичних положень стосовно визначення джерел права із вказівкою на їх «галузевий характер», «галузеву специфіку», «специфіку, обумовлену особливістю відповідної галузі права», тощо. При цьому ступінь урахування загальнотеоретичних положень щодо визначення джерел права є різним і, як наслідок, визначення джерел адміністративного права як «зовнішніх форм вираження норм адміністративного права», «зовнішніх форм виразу і закріплення адміністративно-правових норм», «проявів способів, шляхів адміністративно-правового нормотворення, а також зовнішніх форм виразу норм цієї галузі», «офіційних способів вираження і закріплення

норм адміністративного права», «юридичної основи діяльності суб'єктів публічної адміністрації» тощо. Таке розмаїття свідчить про здебільшого фрагментарне врахування ученими-адміністративістами «досягнень теорії права, у межах якої сформувався переважно двоякий підхід до використання поняття “джерело права”» [1, 98], багатозначності самого визначення «джерело права», яке О. Константиї вбачає у багатозначності складових самої їх назви «джерела» і «право», що й обумовило зосередження уваги вчених-теоретиків права на дослідженні всього розмаїття аспектів: матеріального, економічного, політико-правового, природно-географічного, соціокультурного, екологічного, демографічного тощо [2, 9–10], а також, і в цьому його підтримує Ш. Гаджієва, широкого та вузького розуміння джерел права [3, 39];

2. Перерахування різновидів джерел адміністративного права. І. Гриценко, досліджуючи становлення і розвиток наукових поглядів на основні інститути вітчизняного адміністративного права, зазначає, що такий підхід був поширений ще наприкінці XIX — на початку XX ст. й авторські переліки джерел пропонували: І. Андреевський (джерела поліцейського права: поліцейські закони, адміністративні розпорядження міністерств та окремих поліцейських органів, розпорядження земських установ [4, 22–23]); А. Єлістратов (закони, укази Государя Імператора, міністрів і головнокомандуючих, обов'язкові постанови земських зібрань та міських дум, обов'язкові постанови, що видавалися губернаторами, постанови, що видавалися у перервах між засіданнями Державної Думи, звичаєве право [5, 70–81]); П. Шеймін (закони, державні угоди, місцеві статuti, звичаєве право [6, 371–372]) тощо. Такий підхід характерний і для новітніх галузевих фахових наукових праць (наприклад, В. Галунька, Х. Ярмачі та ін.). Втім, повнота переліків (у цьому контексті

можна вести мову про вичерпні, «відкриті» переліки, різний ступінь їх відповідності вимогам часу), послідовність розміщення у них джерел цілком залежить лише від авторської позиції;

3. Комбінований, який передбачає поєднання визначення джерел адміністративного права (з різним ступенем урахування загальнотеоретичних положень щодо джерел права) з переліком їх різновидів. Так, наприклад, авторський колектив видання «Адміністративне право України. Академічний курс» визначає джерела адміністративного права як «зовнішні форми встановлення і вираження адміністративно-правових норм — акти правотворчості державних органів та організацій, органів місцевого самоврядування, прийняті в межах їхньої встановленої законодавством компетенції, а також міжнародні угоди (договори) і міжнародно-правові акти, ратифіковані Україною» [7, 141]. Схоже визначення, щоправда, із більш спрощеним переліком джерел, пропонує О. Константій [2, 23]. Такий підхід передбачає врахування досягнень теорії права щодо розуміння джерел права, науки адміністративного права у частині фіксації особливих ознак галузевих джерел і потребу коректного формування переліку відповідних галузевих джерел із тим, щоб він був максимально повним та враховував ті модифікаційні процеси й їх результати, які пов'язані з джерельною правовою базою (найімовірніше, він має бути «відкритим» або ж оновлюватися, що постійно вимагатиме додаткових зусиль задля уникнення «застарілості» визначення загалом). При цьому бажано уникати формування надмірно громіздких визначень, що ускладнює процес їх сприйняття, створює передумови для довільного тлумачення. Враховуючи це, оптимальним вбачається використання першого підходу для визначення джерел адміністративного права з поєднанням загальнотеоретичних і галузевих доктринальних поло-

жень та вказівкою як на способи, особливості галузевої нормотворчості, так і на зовнішні форми виразу її результатів.

Дискусійним питанням є розподіл джерел адміністративного права на групи та види. Погоджуючись із тим, що особливістю адміністративного права є різноманіття та значна кількість його джерел, що зумовлено особливістю самої галузі, її предмета, призначення й теоретичною та практичною значущістю розподілу їх на групи та види [8, 131], водночас учені-адміністративісти демонструють переважно спрощені варіанти вирішення цього питання (часто обмежуючись лише одним-двома критеріями для такого розподілу), інколи й навіть без урахування тих змін, які пов'язані з джерелами адміністративного права, без виокремлення критеріїв для їх поділу та обґрунтування доцільності. Так, наприклад, Н. Задирака, відзначаючи існування великої кількості джерел адміністративного права та критеріїв для їхнього поділу, пропонує лише один варіант розподілу за юридичною силою: «акти вищої юридичної сили, підзаконні нормативно-правові акти, рішення судових органів, а також акти, які справляють суттєвий вплив на суспільні відносини і в майбутньому можуть бути віднесені до джерел адміністративного права» [1, 99–100]. В. Бевзенко пропонує розподіл джерел, хоча і без вказівки на критерій (втім, він є очевидним), на: «формалізовані національні джерела адміністративного права, формалізовані міжнародні (європейські) джерела адміністративного права, судові рішення, неформалізовані джерела адміністративного права» [9, 90]. При цьому намагається деталізувати їх розподіл у межах кожної групи (наприклад, формалізовані міжнародні (європейські) джерела адміністративного права розподіляє на: міжнародні договори та юридичні акти Європейського Союзу (далі — ЄС), водночас додає й «м'яке право» (*soft*

*law*) [9, 94–97], незважаючи на те, що відсутня єдність поглядів учених-адміністративістів щодо віднесення останнього до джерел адміністративного права. У науковій, навчальній галузевій фаховій літературі можна натрапити на положення про «надзвичайно важливу допоміжну його роль у становленні або визначенні правової думки, підготовці і розробці договірних міжнародно-правових норм, а також внутрішньодержавних юридичних актів, <...> що дозволяє погодитися із тим, що воно має відповідну юридичну силу, незважаючи на свій рекомендаційний, необов'язковий характер» [9, 96]. Достатньо поширеним є підхід, що, «оскільки держави — члени Ради Європи є вільними у застосуванні тільки тих положень, які їх цікавлять у контексті потреб, пріоритетів розвитку національного законодавства, отже, норми “м'якого права” (*soft law*) некоректно відносити до джерел адміністративного права на сучасному етапі. Вони мають істотний вплив на суспільні відносини і в майбутньому можуть бути віднесені до таких джерел» [1, 119]. Норми «м'якого права» (*soft law*), маючи переважно рекомендаційний характер, не передбачають конкретних заборон, зобов'язань для суб'єктів їх реалізації, санкцій за їх невиконання (неналежне виконання), тобто не є джерелами адміністративного права у традиційному для вітчизняної правничої науки розумінні, втім, вони відіграють вагомий роль у гармонізації міжнародного та національного законодавства [10, 56–57]. Є. Шкробець пропонує зосередити увагу лише на головному критерії розподілу джерел адміністративного права — юридичній силі й, відповідно, виокремлювати: нормативно-правові акти, нормативні договори, судовий та адміністративний прецеденти, правовий звичай та адміністративно-правову доктрину [11, 244].

О. Константиї пропонує розподіл джерел адміністративного права з вико-

ристанням декількох критеріїв — залежно від юридичної сили (щоправда, йдеться лише про нормативно-правові акти, так званій «розподіл у вертикальній площині», що було цілком актуальним на момент написання праці) та «з позицій регулювання певних однорідних груп суспільних відносин» (галузево-інституціональний поділ, «у горизонтальній площині») [2, 57]. Додатково він пропонує, однак не виокремлює критерій, розподіл їх на «джерела внутрішнього регулювання та джерела зовнішнього регулювання» [2, 23]. С. Ківалов та Л. Біла-Тіунова розподіляють джерела адміністративного права з використанням одночасно декількох критеріїв — змісту джерела, часу його дії, юридичної сили, адресатів, методів дії та дії у просторі [12, 14–15].

Слід зазначити, що вивчаючи окремі різновиди джерел адміністративного права, вчені-адміністративісти пропонують достатньо деталізовані їх класифікаційні розподіли. Так, наприклад, Ш. Гаджієва, досліджуючи кодекси як джерело адміністративного права, здійснює їх розподіл із використанням різноманітних критеріїв — форми, назви, структури, кола суспільних відносин, на врегулювання яких безпосередньо зорієнтовані, особливостей процесу розробки та прийняття, «новаційного» характеру тощо [3, 25–45]. Л. Баєва класифікує рішення місцевих рад як джерела адміністративного права з використанням значної (навіть надмірної) кількості критеріїв, при цьому деякі з них навіть дублюються (хоча автор і пропонує їх різну назву, однак тотожним залишається їхній зміст). Такими критеріями є: суб'єкт прийняття; характер повноважень суб'єкта прийняття; територія дії акта; сфера його регулюючого впливу; строки набрання чинності, способи і засоби нормотворення; форма акта; коло суб'єктів, на яких розрахована дія акта; характер акта; функціональне призна-

чення суб'єкта прийняття; визначеність (ступінь визначеності) акта; час його дії; ступінь суворості змісту тощо [13, 68–69]. Л. Горбунова підзаконні нормативно-правові акти як джерела адміністративного права поділяє залежно від «суб'єкта прийняття, сфери суспільних відносин, що регулюються, юридичної сили, територіального масштабу дії, юридичних засобів їх правового регулювання, терміну дії, функціонального призначення» [14, 17].

Втім, класифікаційний розподіл джерел адміністративного права не може обмежуватися лише розподілом їх окремих різновидів. Варто підтримати Н. Пархоменко у тому, що «групування джерел права взагалі, в тому числі й адміністративного права, за видами є початком класифікації. Виокремивши групи джерел за принципом схожості та відмінності, можна вибудувати цілісну систему таких джерел. Саме тому необхідно знайти такі ознаки, які будуть необхідними і достатніми для створення груп джерел права, для опису цілісної системи цих джерел» [15, 127–128]. Доцільним вбачається використання якомога більшої (щоправда, без їх дублювання з різною назвою та дріб'язкового деталізування) кількості критеріїв для розподілу джерел адміністративного права задля врахування специфіки кожного з них, зокрема й тих, які раніше не виокремлювалися й не визнавалися як такі. Лише декілька критеріїв, а отже, й розподілів ще не формують всієї класифікації. Остання «існує і діє лише на підставі всіх критеріїв та охоплює всі найістотніші їх різновиди» [15, 128]. Як такі критерії можна запропонувати: спосіб прийняття; суб'єкт прийняття; рівень правового регулювання; безпосередній предмет регулювання; спосіб оформлення (форма зовнішнього вираження); юридична сила; зміст; час дії; територія дії; адресати; функціональне призначення; методи регулюючого впливу. Результатом такого класифіка-

ційного розподілу є «сукупність підпорядкованих понять, які разом утворюють єдине ціле» [15, 128]. Отже, йдеться про систему джерел адміністративного права — наступне проблемне питання сучасної вітчизняної адміністративно-правової науки.

Аналіз наявної галузевої фахової літератури дозволяє з упевненістю стверджувати, що більшість учених-адміністративістів, зосереджуючи увагу на системі джерел адміністративного права, насправді помилково ототожнюють її з «простим переліком, набором її елементів — джерел, різновидів джерел», тобто лише з однією ознакою системи — наявністю її структурних елементів. Водночас системі джерел адміністративного права притаманні й інші обов'язкові «родові та видові ознаки системи», роль і значення яких, на жаль, недооцінюється повною мірою, а саме: «системоутворюючі зв'язки між елементами, виникнення цілісної системи як результат взаємозв'язку та взаємодії її елементів, наявність у структурних елементів певної автономії та відносної самостійності щодо один одного, а системи загалом щодо систем навколо» [15, 182; 16, 175; 17, 25]. Саме тому, розглядаючи систему джерел адміністративного права, варто виокремлювати її елементи, й у цьому контексті цілком можна погодитися з позицією авторського колективу монографії «Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення» за загальною редакцією Ю. Битяка щодо визнання як таких нормативно-правових актів, нормативних договорів (адміністративного договірних права), судових прецедентів (адміністративного прецедентного права), правових звичаїв (адміністративного звичаєвого права) та адміністративно-правової доктрини [18, 281–282] із автономією та відносною самостійністю кожного з них, а також складні системоутворюючі (внутрішні, зовнішні, горизонтальні,

вертикальні) зв'язки між ними, результат взаємодії та взаємообумовленості елементів. Необхідно усвідомлювати, що навіть незважаючи на істотне збільшення кількості елементів системи, оновлення її структури, зберігаються складні зв'язки цілісності, взаємодоповнюваності, взаємозалежності, координації та ієрархії, й подальший розвиток відповідної системи перебуває у безпосередній залежності від її елементів. Цілком слушним є твердження О. Ордіної про те, що «синергетичні властивості системи джерел адміністративного права обумовлюють її розвиток не так під впливом зовнішніх факторів, як тими процесами, які відбуваються у самій системі. Зовнішні фактори лише моделюють систему джерел адміністративного права, а здатність виконувати соціальне

замовлення залежить від її внутрішніх властивостей» [19, 37–38]. Тому визнання нових джерел адміністративного права (зокрема й тих, які вже існують фактично), як і зворотній процес, мають розглядатися лише в аспекті їх системно-функціональних зв'язків. Сучасна система джерел адміністративного права не втрачає своїх функціональних можливостей, цілісності, комплексності, поліструктурності, багаторівневості, динамізму, відкритості, ієрархічності, а лише змінює свою «цільову орієнтацію й відповідно до цього оновлює свою структуру» [19, 37–38]. Саме системний аналіз і дозволяє з'ясувати реальний ресурс як кожного джерела адміністративного права (самостійного елементу системи), так і всієї системи джерел адміністративного права.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Загальне адміністративне право* : підруч. / І. С. Гриценко, Р. С. Мельник, А. А. Пухтецька [та ін.] ; за заг. ред. І. С. Гриценка. — Київ : Юрінком Інтер, 2015. — 568 с.
2. *Константий О. В.* Джерела адміністративного права України : монографія / О. В. Константий. — Київ : Українське агентство інформації та друку «Рада», 2015. — 120 с.
3. *Гаджиева Ш. Н.* Кодекс як джерело адміністративного права України: історія, сучасність та перспективи : монографія / Ш. Н. Гаджиева. — Запоріжжя : ЗНУ, 2014. — 178 с.
4. *Андреевский И. Е.* Полицейское право : в 2 т. / И. Е. Андреевский. — СПб. : Тип. В. В. Пратц, 1874. — Т. 1. — 648 с.
5. *Елистратов А. И.* Основные начала административного права / А. И. Елистратов. — М. : Издание Г. А. Леммана, 1914. — 332 с.
6. *Антологія української юридичної думки* : в 6 т. / упоряд.: Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов, І. Б. Усенко [та ін.] ; за ред. Ю. С. Шемшученка [та ін.]. — Київ : Юридична книга, 2003. — Т. 5: Поліцейське та адміністративне право. — 600 с.
7. *Адміністративне право України. Академічний курс: підручник* : в 2 т. / за ред. В. Б. Авер'янова [та ін.]. — Київ : Юридична думка, 2004. — Т. 1: Загальна частина. — 584 с.
8. *Битяк Ю.* Наука адміністративного права України: поняття, предмет, методологія дослідження (адміністративних) правовідносин / Ю. Битяк // *Право України*. — 2013. — № 12. — С. 122–140.
9. *Мельник Р. С.* Загальне адміністративне право : навч. посіб. / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко. — Київ : Ваіте, 2014. — 376 с.
10. *Приймаченко Д. В.* Реалізація концепції м'якого права у процесі адаптації митного законодавства України до законодавства Європейського Союзу / Д. В. Приймаченко // *Адаптація законодавства України до права Європейського Союзу*. — 2016. — № 2. — С. 51–60.
11. *Шкробець Є. Ф.* Класифікація джерела адміністративного права по забезпеченню адвокатської діяльності в Україні / Є. Ф. Шкробець // *Науковий вісник Академії муніципального управління*. — 2015. — Вип. 2. — С. 239–246. — (Серія «Право»).
12. *Ківалов С. В.* Адміністративне право України : навч.-метод. посіб. / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла-Тіунова. — 2-ге вид., перероб. і допов. — Одеса : Юридична література, 2002. — 312 с.
13. *Баєва Л. В.* Рішення місцевих рад у системі джерел адміністративного права: загальнотеоретичний аналіз / Л. В. Баєва // *Вісник Запорізького національного університету*. — 2010. — № 1. — С. 66–70. — (Серія «Юридичні науки»).
14. *Горбунова Л. М.* Підзаконні нормативно-правові акти: організаційно-правові питання забезпечення законності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Л. М. Горбунова. — Київ, 2005. — 20 с.
15. *Пархоменко Н. М.* Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія / Н. М. Пархоменко. — Київ : Юридична думка, 2008. — 336 с.

16. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель ; пер. с фр. Г. В. Чуршукова ; под общ. ред. В. И. Даниленка. — М. : Nota bene, 2000. — 575 с.
17. Клабан В. В. Сучасна система джерел права України: деякі теоретичні та практичні аспекти / В. В. Клабан // Вісник Львівського університету. — 2015. — Вип. 61. — С. 24–29. — (Серія «Юридична»).
18. Правова система України: історія, стан та перспективи : в 5 т. / за заг. ред. Ю. П. Битяка. — Харків : Право, 2008. — Т. 2: Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення. — 576 с.
19. Ордина О. Н. Источники административного права и их система / О. Н. Ордина // Административное право и процесс. — 2014. — № 1. — С. 36–38.

#### REFERENCES

1. Zahalne administratyvne pravo [Common administrative law], Kyiv: Iurinkom Inter, 2015, 568 p.
2. Konstantyi O. V. Dzherela administratyvnoho prava Ukrainy [Sources of administrative law of Ukraine], Kyiv: Ukrainiske ahentstvo informatsii ta druku «Rada», 2015, 120 p.
3. Hadzhyieva Sh. N. Kodeks yak dzherelo administratyvnoho prava Ukrainy: istoriia, suchasnist ta perspektyvy [Code as source of administrative law of Ukraine: history, present and prospects], Zaporizhzhia: ZNU, 2014, 178 p.
4. Andreevskiy I. E. Politsyeyskoe pravo [Police law], Sankt-Peterburg: Tip. V. V. Pratts, 1874, vol. 1, 648 p.
5. Elistratov A. I. Osnovnye nachala administrativnogo prava [Main beginnings of administrative law], Moscv: Izdanie G. A. Lemmana, 1914, 332 p.
6. Antolohiia ukrainskoi iurydychnoi dumky [Anthology of the Ukrainian legal thought], Kyiv: Iurydychna knyha, 2003, vol. 5, 600 p.
7. Administratyvne pravo Ukrainy. Akademichnyi kurs [Administrative law of Ukraine. The academic rate], Kyiv: Iurydychna dumka, 2004, vol. 1, 584 p.
8. Bytiak Iu. Nauka administratyvnoho prava Ukrainy: poniattia, predmet, metodolohiia doslidzhennia (administratyvnykh) pravovidnosyn [Science of administrative law of Ukraine: concept, subject, methodology of a research (administrative) legal relationship], *Pravo Ukrainy*, 2013, no. 12, pp. 122–140.
9. Zahalne administratyvne pravo [Common administrative law], Kyiv: Vaite, 2014, 376 p.
10. Prymachenko D. V. Realizatsiia kontseptsii miakoho prava u protsesi adaptatsii mytnoho zakonodavstva Ukrainy do zakonodavstva Ievropeiskoho Soiuzu [Implementation of the concept of the soft right in the course of adaptation of the customs legislation of Ukraine to the European Union law], *Adaptatsiia zakonodavstva Ukrainy do prava Ievropeiskoho Soiuzu*, 2016, no. 2, pp. 51–60.
11. Shkrebets Ie. F. Klasyfikatsiia dzherela administratyvnoho prava po zabezpechenniu advokatskoi diialnosti v Ukraini [Classification sources of administrative law on ensuring lawyer activity in Ukraine], *Naukovyi visnyk Akademii munitsypalnoho upravlinnia*, 2015, Issue 2, pp. 239–246.
12. Kivalov S. V., Bila-Tiunova L. R. Administratyvne pravo Ukrainy [Administrative law of Ukraine], Odesa: Iurydychna literatura, 2002, 312 p.
13. Baieva L. V. Rishennia mistsevykh rad u systemi dzherel administratyvnoho prava: zahalnoteoretychnyi analiz [The decision of local councils in system of sources of administrative law: general and theoretical analysis], *Visnyk Zaporizkoho natsionalnoho universytetu*, Zaporizhzhia, 2010, no. 1, pp. 66–70.
14. Horbunova L. M. Pidzakonni normatyvopravovi akty: orhanizatsiinopravovi pytannia zabezpechennia zakonnosti [Subordinate normative legal acts: organizational and legal questions of law enforcement], Kyiv, 2005, 20 p.
15. Parkhomenko N. M. Dzherela prava: problemy teorii ta metodolohii [Sources of law: problems of theory and methodology], Kyiv: Iurydychna dumka, 2008, 336 p.
16. Berzhel Zh.-L. Obshchaya teoriya prava [General theory of law], Moscv: Nota bene, 2000, 575 p.
17. Klaban V. V. Suchasna systema dzherel prava Ukrainy: deiki teoretychni ta praktychni aspekty [Modern system of sources of law of Ukraine: some theoretical and practical aspects], *Visnyk Lvivskoho universytetu*, 2015, Issue 61, pp. 24–29.
18. Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan ta perspektyvy [Legal system of Ukraine: history, state and prospects], Kharkiv: Pravo, 2008, vol. 2, 576 p.
19. Ordina O. N. Istochniki administrativnogo prava i ikh sistema [Sources of administrative law and their system], *Administrativnoe pravo i protsess*, 2014, no. 1, pp. 36–38.

#### Коломоєць Т. Джерела адміністративного права: проблемні питання доктринального визначення, класифікації та системного аналізу

**Анотація.** Статтю присвячено проблемним питанням доктринального визначення, класифікаційного розподілу та системного аналізу джерел адміністративного права. Зосереджується увага на трьох домінуючих доктринальних підходах до формулювання визначення «джерела адміністративного права», виокремлюються недоліки й переваги кожного з них, обґрунтовується доцільність поєднання загальнотеоретичних положень щодо джерел права з вказівкою на галузеву специфіку. Автор вказує на фрагментарність і спрощеність доктринального дослідження класифікації джерел адміністративного права,

обґрунтовує потребу в розширеній моделі такого поділу з використанням різноманітних критеріїв. Визначається помилковість ототожнення системного та структурного аналізів джерел адміністративного права, формулюються пропозиції щодо доцільності їх поглибленого системного аналізу задля з'ясування реального ресурсу в умовах реформаційних правотворчих процесів.

**Ключові слова:** визначення, джерела адміністративного права, класифікація, критерії, підходи, система, системний аналіз.

**Коломоец Т. Источники административного права: проблемные вопросы доктринального определения, классификации и системного анализа**

**Аннотация.** Статья посвящена проблемным вопросам доктринального определения, классификационного распределения и системного анализа источников административного права. Сосредотачивается внимание на трех доминирующих доктринальных подходах к формулировке определения «источники административного права», выделяются недостатки и преимущества каждого из них, обосновывается целесообразность сочетания общетеоретических положений относительно источников права с указанием на отраслевую специфику. Автор указывает на фрагментарность и упрощенность доктринального исследования классификации источников административного права, обосновывает потребность в расширенной модели такого разделения с использованием различных критериев. Определяется ошибочность отождествления системного и структурного анализов источников административного права, формулируются предложения по целесообразности их углубленного системного анализа для выяснения реального ресурса в условиях реформирования правотворческих процессов.

**Ключевые слова:** определение, источники административного права, классификация, критерии, подходы, система, системный анализ.

**Kolomoiets T. Sources of Administrative Law: Problem Issues of Doctrinal Definition, Classification and System Analysis**

**Annotation.** The article is devoted to the issues of doctrinal definition, classification, and system analysis of sources of administrative law. An attention is paid to the three prevailing doctrinal approaches to the formation of a definition «sources of administrative law», advantages and disadvantages of each of them are distinguished, an expediency of a combination of general theoretical statements about the sources of law with an indication of the branch specifics is substantiated. The author notes fragmentariness and simplicity of a doctrinal study of the classification of sources of administrative law, substantiates a need of an expanded model of such a classification with the use of various criteria. The paper points to misidentification of the system and structural analysis of sources of administrative law, formulates proposals on the appropriateness of their in-depth system analysis in order to clarify a real resource in terms of reformatinal law-making processes.

**Key words:** definition, sources of administrative law, classification, criteria, approaches, system, system analysis.

## ДЖЕРЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ПОНЯТТЯ, ВИДИ, ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ



**М. ПАНОВ**

*доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
завідувач кафедри кримінального права № 2  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

**К**римінальне право як галузь публічного матеріального права являє собою систему встановлених державою правових норм, що визначають, які суспільно небезпечні діяння визнаються злочинами і які покарання та інші заходи кримінально-правового характеру підлягають застосуванню за їх вчинення. Особливістю кримінального права є те, що воно регулює, зокрема, юридичну відповідальність за вчинення діянь (дій чи бездіяльності), що характеризуються підвищеним ступенем суспільної небезпечності, визнає їх на цій підставі злочинами і передбачає за їхнє вчинення найбільш суворий вид державного примусу — покарання. Крім того, кримінальне право, на основі фундаментального принципу обмеження меж та обсягу кримінальної відповідальності, передбачає вичерпний перелік суспільно небезпечних діянь (та ознак, що їх характеризують), які визнаються злочинами (ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 11 Кримінального кодексу України (далі — КК України)). У зв'язку з цим для забезпечення реалізації конституційного принципу верховенства права й законності у кримінальному судочинстві, а також забезпечення прав і свобод осіб, що підлягають кримінальній відповідальності, кримінальне

право України, базуючись на загально-визнаному, прогресивному і гуманістичному принципі — *nullum crimen sine lege* (немає злочину без вказівки на те в законі), законодавчо забороняє застосування її норм за аналогією (частини 3, 4 ст. 3 КК України). З огляду на це, досить серйозною є проблема джерел кримінального права, оскільки від її вирішення значною мірою залежить відповідь на надзвичайно важливе і принципове запитання: у яких саме актах держави передбачаються (юридично закріплюються) кримінально-правові норми, що встановлюють злочинність і караність суспільно небезпечних діянь, та які мають застосовуватись при встановленні підстави, змісту і меж кримінальної відповідальності у кожному конкретному випадку?

Під джерелами кримінального права («джерело» — у лексичному значенні — те, що дає початок чому-небудь; звідки постає, черпається щось; основа, вихідне начало чого-небудь) [1, 218], як і кожної галузі права, розуміють широке коло обставин (факторів), які об'єктивно обумовлюють (породжують) виникнення і встановлення кримінально-правових норм та визначають сутність, зміст і форму певної галузі права [2, 212–213; 3, 107–115]. Всі вони



можуть досліджуватися у різних відношеннях і значеннях, зокрема: 1) матеріальному (соціально-економічні умови життя суспільства); 2) ідеологічному (правова і політична культура та свідомість); 3) державно-політичному (наявність відповідних політичних і державних інститутів, що визначають та здійснюють кримінальне правотворення); 4) ретроспективному (історичні пам'ятки кримінального права, пізнання яких дає можливість виявити сутність і зміст права минулого, його правових норм та їхній вплив на сучасне правотворення); 5) формально-юридичному (способи, засоби і правові форми, за допомогою яких держава встановлює у відповідних юридичних актах заборону вчинення певних видів суспільно небезпечної поведінки (діяння) осіб, визнаючи їх злочинними і караними) [4, 7–74].

Безумовно, центральним у цій статті є питання щодо формально-юридичного визначення джерел кримінального права. Залежно від того, в яких юридичних (нормативно-правових) актах передбачаються кримінально-правові заборони і приписи, тобто норми кримінального права, можна зробити висновок щодо юридичної сили цих джерел, з'ясувати дію їх норм у часі, просторі і за колом осіб, тощо. Юридична форма і зміст джерел кримінального права багато в чому визначають зміст та сутність кримінально-правових норм і відповідних правовідносин формування та реалізації їх на демократичних і гуманістичних принципах. *Apri ori* ми ґрунтуємося на тому, що джерелом кримінального права в юридичному (формальному) його значенні слід визнати нормативно-правові акти, прийняті у встановленій юридичній процедурі і формі, та які містять кримінально-правові норми — первинні й основоположні одиниці кримінального права, що забороняють під загрозою застосування покарання чи інших заходів кримінально-правового харак-

теру певний вид (тип) суспільно небезпечної поведінки особи (суб'єкта злочину) — дію чи бездіяльність — і визначають їх як злочин. Ці нормативно-правові акти регулюють кримінально-правові відносини в державі і на цій підставі відносяться до сфери (галузі) кримінального права. У вказаних нормативно-правових актах (джерелах) кримінально-правові норми можуть встановлюватися, змінюватися чи скасовуватися. Тому вони виконують двояку і надзвичайно важливу функцію: 1) функцію юридичного джерела кримінального права і 2) функцію форми права, тобто відіграють роль юридичної форми існування і вираження (функціонування) норм кримінального права. Саме на підставі таких установчих положень ми визначаємо зміст поняття «джерела кримінального права».

*Види джерел кримінального права.* У науковій і навчальній літературі висловлені різні погляди щодо визначення і типології (поділу на види) формально-юридичних джерел кримінального права. Здебільшого до цих джерел відносять лише один вид нормативно-правових актів — закон про кримінальну відповідальність [5, 14–16]. У решті випадків, крім різних видів законів, — й інші юридичні акти, в яких викладені правові позиції Конституційного Суду України (далі — КСУ) в ухвалених ним рішеннях; правові позиції Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ), викладені у його рішеннях, що містять тлумачення норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; правові позиції Верховного Суду України (далі — ВСУ), викладені у його рішеннях, ухвалених за наслідками розгляду заяв про перегляд судових рішень із мотивів неоднакового застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, та ін. [6, 25–41]. Доволі своєрідним у науці кримінального права є погляд,

відповідно до якого норми кримінального права безпосередньо не містять заборон щодо вчинення злочину. Ці заборони, як вважають його прибічники, встановлюються нормами іншої галузевої приналежності. Норми ж кримінального права визначають виключно кримінально-правові наслідки їх порушення [7, 117–124; 8, 14, 19–21]. Інколи стверджують, що такі елементи норми кримінального права, як гіпотеза і диспозиція, формуються регулятивними нормами права (цивільним, фінансовим, господарським тощо), санкція ж за порушення відповідних норм і правил — нормами кримінального права [9, 33]. У такий спосіб питання щодо джерел кримінального права фактично нівелюється, оскільки з вказаних позицій не можна зробити висновок — що саме у формально-юридичному відношенні визнається джерелом кримінального права. У науці кримінального права простежуються такі підходи до визначення джерел кримінального права: перший (вузький) — визнання джерелом кримінального права лише закону про кримінальну відповідальність; другий (широкий) — визначення таким джерелом, крім законів, ще й інших юридичних актів, третій — веде до нівелювання (і навіть до ігнорування) джерел кримінального права.

Ці підходи суттєво відрізняються і навіть суперечать одне одному. Вирішення вказаної проблемної ситуації має базуватися, на наше переконання, на фундаментальних і відправних положеннях Конституції як Основного Закону України. Зокрема, у п. 22 ч. 1 ст. 92 передбачено, що тільки законами України визнаються діяння, які є злочинами, і встановлюється відповідальність за їх вчинення. Це відправне й установче конституційне положення розвивається і конкретизується у ч. 3 ст. 3 КК України, де закріплено надзвичайно важливе, фундаментальне положення кримінального права, згідно з яким злочинність діяння, а також

його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Отже, є всі підстави стверджувати, що кримінально-правова норма як першооснова кримінального права і її базовий елемент своїм юридичним джерелом має закон про кримінальну відповідальність. Тому норми кримінального права можуть встановлюватися, змінюватися чи скасовуватися (мати своїм джерелом) тільки законом про кримінальну відповідальність. У такий спосіб закон визнається єдиною формою джерела кримінального права. З цього випливає, що норми кримінального права становлять зміст закону про кримінальну відповідальність. Однак зазначене визначення джерел кримінального права хоча і має належні аргументи, все ж є надто широким за обсягом, а тому недостатньо конкретизоване. Всі джерела кримінального права доцільно, на нашу думку, поділяти на дві групи: основні і субсидіарні. Основні (первинні) джерела кримінального права — це джерела, які мають установчий і визначальний характер, безпосередньо обумовлюють норми кримінального права, впливають на сутність і зміст його норм, лежать в основі визнання певних видів суспільно небезпечних діянь злочинними і караними, чи виступають єдиною можливою формою юридичного визначення та закріплення (фіксування) у них кримінально-правових норм. Субсидіарні джерела (від лат. *subsidiary* — допомога, підтримка) — це правові положення інших галузей права — їх норми, поняття, терміни, що включаються у кримінально-правові норми та застосовуються у кримінально-правовому регулюванні лише у зв'язку з формуванням і визначенням змісту (і форми) основних джерел кримінального права та як додаткові до них. Самі ж субсидіарні джерела кримінально-правових норм не містять [10, 34–49].

*Основні джерела кримінального права.* До основних джерел кримінального

права слід віднести передусім Конституцію України. Визначальним і відправним у цьому випадку є положення ч. 2 ст. 8 Основного Закону України, згідно з яким «Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні їй відповідати». Отже, норми Конституції відносно норм кримінального права (у якому б із нормативно-правових актів останні не були закріплені) мають визначальне значення, а відносини між ними можна охарактеризувати як відносини субординації, в яких домінуюче і відправне значення мають норми Конституції. Відповідно до цього норми кримінального права як галузі права базуються, зокрема, на принципах і положеннях Конституції України, закріплених у ст. 3, ч. 1 ст. 8, частинах 1 та 2 ст. 19, статтях 60, 61, 62, 66, 67 і 68, п. 22 ст. 92 та інших Основного Закону України і повинні їм відповідати. Це положення однозначно закріплено в ч. 1 ст. 3 КК України, де вказано, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України. Таким чином, норми й інші елементи кримінального права (і Кримінального кодексу України), які не відповідають змісту Конституції, її принципам і положенням, на яких вона ґрунтується, повинні визнаватися неконституційними повністю чи в окремій частині. Рішення про це може ухвалити КСУ, який в Україні є органом конституційної юрисдикції. Показником цього є рішення від 29 грудня 1999 р. щодо визнання неконституційною смертної кари як виду покарання за КК України 1960 р. (ст. 24), а також від 2 листопада 2004 р. відносно визнання такими, що не відповідають Конституції, положень ст. 69 КК України 2001 р. у тій частині, яка унеможлилювала призначення особам, які вчинили злочин невеликої тяж-

кості, більш м'якого покарання, ніж передбачене законом. Як видно, конституційні норми безпосередньо не містять кримінально-правових норм у їх класичному варіанті, однак визначають зміст і сутність таких норм у нормативно-правових актах (законах), що є джерелами кримінального права. При цьому слід пам'ятати, що згідно з ч. 3 ст. 8 Конституції України її норми є нормами прямої дії і можуть застосовуватися у випадках, коли, наприклад, норми кримінального права суперечать Конституції або не регулюють конкретної життєвої ситуації, що погіршує правове становище особи. Отже, є всі підстави визнати Конституцію України основним джерелом кримінального права, яке має для останнього установче та відправне значення.

Таким самим джерелом кримінального права є й рішення КСУ, що визнають неконституційними відповідні кримінально-правові норми того чи іншого нормативно-правового акта, оскільки цими рішеннями окремі кримінально-правові норми змінюються або ж скасовуються, внаслідок чого змінюється (чи скасовується) дія та юридична сила цих норм. Отже, вказані рішення, що змінюють зміст кримінально-правових норм чи скасовують їх, мають обов'язковий характер, бо впливають на зміст чи обсяг кримінально-правового регулювання. Це дає підстави визнати рішення КСУ щодо неконституційності норм кримінального права його основними джерелами.

До джерел кримінального права установчого характеру належать також міжнародно-правові договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, і вони стали частиною національного законодавства України. Відправним тут є положення ст. 9 Конституції України, згідно з яким «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». Ця конс-

титущій нормі закріплена і набула розвитку у частинах 1 та 5 ст. 3 КК України, які встановлюють, що законодавство України про кримінальну відповідальність ґрунтується, зокрема, на загально визначених принципах і нормах міжнародного права і що закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, які містяться у чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Основними (первинними і базовими) джерелами кримінального права є закони України про кримінальну відповідальність. Це принципове рішення ґрунтується, як вказувалося, на положеннях п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України. До них належать:

1) Кримінальний кодекс України 2001 р., який набув чинності 1 вересня того ж року і чинний нині. Він — єдиний кодифікований нормативно-правовий акт, який включає всі закони (і кримінально-правові норми) про кримінальну відповідальність. Інші (і всі) закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття ним чинності, включаються до його змісту після набуття ними чинності (ч. 2 ст. 3 КК України). Тому основним, передбаченим у ч. 1 ст. 3, є правило, згідно з яким «законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України...». Цей нормативно-правовий акт як джерело кримінального права об'єднує й упорядковує кримінально-правові норми відповідно до інститутів кримінального права у логічно-узгоджену систему норм, що має струнку структуру і відносно завершений характер;

2) Закон України від 1 жовтня 1996 р. № 392/96-ВР «Про застосування амністії в Україні» (у редакції Закону від 6 травня 2014 р.), окремі (поточні) закони України про амністію,

Положення про порядок здійснення помилування від 21 квітня 2015 р. № 223/2015 зі змінами від 14 травня 2016 р. № 211/2016<sup>1</sup>. Ці нормативні акти розвивають і деталізують нормативно-правові положення, закріплені у відповідних статтях чинного КК України — ст. 85 «Звільнення від покарання на підставі закону України про амністію або акта про помилування»; ст. 86 «Амністія»; ст. 87 «Помилування»;

3) Кримінальний кодекс УРСР 1960 р. (у частині поширення юридичної сили його норм на злочини, вчинені до 1 вересня 2001 р., за умови, що норми цього Кодексу пом'якшують кримінальну відповідальність за ці злочини порівняно з КК України 2001 р.).

Отже, закон про кримінальну відповідальність (у всіх його різновидах) є основним джерелом кримінального права України. Цей закон виконує одночасно дві функції: 1) є юридичним джерелом кримінального права і кримінально-правових норм (є, так би мовити, їх «носієм»); 2) є способом функціонування і вираження юридичної сили правових норм цієї галузі права (виконує функцію форми права).

*Субсидіарні джерела кримінального права.* Це нормативно-правові акти — закони та підзаконні акти (правила, положення, інструкції, устави тощо), що належать до сфери так званих регулятивних галузей права: цивільного, господарського, екологічного, трудового тощо, а в деяких випадках і до сфери публічних галузей: адміністративного, фінансового права та ін. Кожна з цих галузей права має свій особливий, притаманний лише їй предмет і метод правового регулювання, які безпосередньо не пов'язані з предметом і методом кримінального права. Внаслідок цього вказані джерела не містять кримінально-правових норм як таких, не встановлюють зло-

<sup>1</sup> На відміну від загального правила, «Положення про порядок здійснення помилування» затверджено не законом, а Указом Президента України, що суперечить загальному правилу щодо джерел кримінального права, на що неодноразово зверталася увага у багатьох працях вітчизняних науковців [11, 99–102].

чинність і караність суспільно небезпечних діянь.

Однак при встановленні кримінально-правових заборон і приписів у кримінально-правових нормах (і у відповідних основних джерелах), які виконують охоронну функцію різних сфер суспільних відносин, що регулюються тими чи іншими регуляторними галузями права, законодавець використовує (так би мовити, запозичує) окремі норми (чи їх елементи: поняття, терміни), які належать до нормативно-правових актів вказаних регуляторних галузей права і містяться у субсидіарних (стосовно кримінального права) джерелах. На цій підставі формуються бланкетні диспозиції кримінально-правових норм, яких у чинному КК України більшість. Особливістю таких диспозицій є те, що норми кримінального права включають до свого змісту норми (чи їх елементи) інших галузей права [12, 79–129]. При цьому бланкетні норми кримінального права «асимілюють» елементи інших галузей права, «підпорядковують» їх собі як допоміжні і використовують як власні для виконання завдань кримінально-правового регулювання. Це, як правило, здійснюється при визначенні особливостей ознак суспільно небезпечного діяння, предмета та суспільно небезпечних наслідків злочину тощо. Причому вказані норми (чи їх елементи) іншої галузевої приналежності входять до змісту кримінально-правових норм лише за умови, що вони прямо вказані (передбачені) в законі про кримінальну відповідальність чи однозначно впливають із його змісту при тлумаченні. Наприклад, правила безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту (ст. 286 КК України); правила судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень (статті 121–128 КК України); правила екологічної безпеки (ст. 236 КК України); правила безпеки під час виконання робіт із підвищеною небезпекою (ст. 279 КК

України); правила несення прикордонної служби (ст. 419 КК України); правила несення бойового чергування (ст. 422 КК України) тощо. Але кримінально-правові норми основних джерел кримінального права у цих випадках не втрачають своєї суті, змісту та приналежності до цієї галузі права. Вони є нормами кримінального права, містяться в основних джерелах, а норми інших галузей права, що входять до їх змісту, виконують у них «допоміжну» і «конкретизуючу» функції, забезпечують повноту і чіткість кримінально-правового регулювання, що надає закону про кримінальну відповідальність більшого динамізму, гнучкості, стислості та повноти [13, 47–55].

У зв'язку з викладеним не можуть визнаватися джерелами кримінального права інтерпретаційні акти, в яких надається тлумачення кримінально-правових норм. Вони лише забезпечують з'ясування їх змісту, встановлення обсягу і змісту кримінально-правового регулювання, визначеного у цих нормах. На цій підставі не можна відносити до джерел кримінального права рішення КСУ, який згідно зі ст. 147 Конституції України донедавна, а саме до 2 червня 2016 р., здійснював офіційне тлумачення законів України, зокрема й тих, що належали до сфери кримінального права, тобто були його основними джерелами. У цьому сенсі немає підстав визнавати джерелами кримінального права і постанови Пленуму ВСУ, який надає окремі роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань кримінального права. Вказані інтерпретаційні акти не створюють, не змінюють і не скасовують норм кримінального права. Вони самі по собі не встановлюють кримінально-правових заборон чи приписів, не здатні породжувати, змінювати чи скасовувати ці норми та відповідні кримінально-правові відносини. Тому дійсними носіями вказаних норм (і кримінального права загалом) є тільки їх основні

(первинні) джерела. Водночас інтерпретаційні акти мають суттєве значення для з'ясування змісту кримінально-правових норм — їх заборон і приписів, встановлених у відповідних основних джерелах, виявлення обсягу і змісту кримінально-правового регулювання, правильного застосування кримінального законодавства. Тому врахування вказаних тлумачень і роз'яснень є важливою гарантією здійснення принципу верховенства права і законності у кримінальному судочинстві. При цьому акти КСУ щодо тлумачення законів про кримінальну відповідальність є їх офіційним тлумаченням, що здійснювалося на підставі Конституції України. Ці рішення завжди пов'язані з конкретним законом і його нормами, уточнюють чи деталізують їх зміст, а тому використання цих рішень (і посилання на них) є доцільним і необхідним при застосуванні відповідного закону про кримінальну відповідальність як джерела кримінального права.

На основі наведених підстав не можна також відносити до джерел кримінального права й акти застосування кримінально-правових норм (правозастосовні акти). Їх сутність полягає у реалізації змісту правових норм відносно конкретних суб'єктів і життєвих ситуацій. Вони мають персоніфікований і специфічний процедурно-процесуальний характер, юридичне значення для відповідних суб'єктів і приймаються на підставі правових норм. Як видно, самі по собі правозастосовні акти з кримінального права, зокрема судові рішення, не містять кримінально-правових норм як таких. З огляду на це, визнавати джерелами кримінального права (в строгому розумінні цього слова) правові позиції (практику) ЄСПЛ, викладені у його рішеннях, а також рішення ВСУ, прийняті з підстав, передбачених у ст. 445 Кримінального процесуального кодексу України, з приводу неоднакового застосування

судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Вказані рішення ухвалюються на підставі і в межах, установлених нормами кримінального права, джерелом і формою буття яких є закон про кримінальну відповідальність. Ці рішення не містять, не створюють і не змінюють кримінально-правових норм, а є засобом конкретизації та реалізації владних приписів щодо кримінальної відповідальності, які становлять зміст норм кримінального права, визначених у законі про кримінальну відповідальність. Отже, вказані рішення не можна визнавати джерелом кримінального права.

Проте правові позиції ЄСПЛ і ВСУ, викладені у їх рішеннях з кримінальних справ, є формою (і засобом) конкретизації кримінально-правових норм, особливо у випадках, коли останні за обсягом узагальнення є надто широкими, є своєрідним «засобом» тлумачення закону, орієнтують судову практику на одноманітне й правильне застосування кримінального законодавства з урахуванням основоположних принципів кримінального права. Тому вони набувають суттєвого значення і мають враховуватися при застосуванні норм кримінального права. Крім того, ці рішення доволі часто є підставами для удосконалення кримінального законодавства, внесення у нього в порядку *de lege ferenda* відповідних змін і доповнень.

Запропоноване трактування поняття і видів джерел кримінального права має суттєве значення для кримінально-правового регулювання: у кримінальному правотворенні й у правозастосовній діяльності. Так, чіткі і повні уявлення про джерела кримінального права

дають підстави зробити висновок, що їх змістом є норми кримінального права, які мають бути юридично визначені (закріплені) у нормативно-правовому акті на рівні закону про кримінальну відповідальність. Тому жодні інші правові акти (крім вказаних законів) не можуть містити норми кримінального права, оскільки не є джерелами цієї галузі права. Правозастосовна діяльність, особливо кваліфікація злочинів, тісно пов'язана з визначенням джерел кримінального права — як основних, так і субсидіарних, — чітким оперуванням із ними і точним посиленням на них. Встановлюючи наявність складу злочину у вчиненому суспільно небезпечному діянні як юридичної підстави кримінальної відповідальності, посадова особа, що застосовує закон, повинна визначити, яка норма кримінального права (її заборони чи приписи) порушена цим діянням і яким джерелом кримінального права вона передбачена.

Інакше кажучи, у таких випадках в акті застосування права мають бути вказані не тільки об'єктивні і суб'єктивні ознаки вчиненого суспільно небезпечного діяння, а й стаття чи частина статті Особливої частини (або ж пункт статті) КК України — основного джерела кримінального права, що передбачає це діяння. Такий підхід має бути і у випадках, коли норма кримінального права пов'язана з використанням субсидіарних джерел (при бланкетній диспозиції). Правозастосовувач має перевірити юридичну силу вказаних джерел — дію їх норм у просторі, часі і за колом осіб, точно вказати, яка саме норма іншої галузевої приналежності (закону, інструкції, положення, правил уставу тощо) порушена у цьому випадку. Наявність такого порушення пов'язана з констатацією порушення кримінально-правової норми загалом. Інший підхід буде означати можливу помилку в застосуванні норм кримінального права.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — Київ ; Ірпінь : Перун, 2001. — 1440 с.
2. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. — М., 1982. — Т. 2. — 359 с.
3. *Теорія держави і права* : підруч. для студентів юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський [та ін.] ; за ред. О. В. Петришина. — Харків : Право, 2014. — 364 с.
4. *Бибик О. Н.* Источники уголовного права Российской Федерации / О. Н. Бибик. — СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. — 243 с.
5. *Кримінальне право України: Загальна частина* : підруч. / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін [та ін.] ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. — 5-те вид. на перероб. і допов. — Харків : Право, 2015. — 528 с.
6. *Андрушко П.* Джерела кримінального права України: поняття, види / П. Андрушко // *Право України*. — 2011. — № 9. — С. 25–41.
7. *Наден О. В.* Теоретичні основи кримінальноправового регулювання в Україні : монографія / О. В. Наден. — Харків, 2012. — 272 с.
8. *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение / Я. М. Браинин. — М., 1967. — 240 с.
9. *Гуторова Н. О.* Охоронна функція кримінального права. Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків : матеріали міжнар. наук.-прак. конф. (9–10 жовтня 2014 р.) / Н. О. Гуторова. — Харків : Право, 2014.
10. *Панов М. І.* Вступ до навчального курсу «Кримінальне право України» : лекція / М. І. Панов. — Київ : Ін Юре, 2015. — 104 с.
11. *Школа С.* Помилування засуджених в Україні: проблеми правового регулювання / С. Школа // *Право України*. — 2000. — № 8. — С. 99–102.
12. *Яремко Г. З.* Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : монографія / Г. З. Яремко ; за ред. В. О. Навроцького. — Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. — 432 с.
13. *Панов М.* Кваліфікація злочинів при бланкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність / М. Панов, Н. Квасневська // *Право України*. — 2010. — № 10. — С. 47–55.

## REFERENCES

1. Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy [Big explanatory dictionary of modern Ukrainian], Kyiv; Irpin: Perun, 2001, 1440 p.
2. Alekseev S. S. Obshchaya teoriya prava [The general theory of law], Moskva, 1982, vol. 2, 359 p.
3. Teoriia derzhavy i prava [The theory of state and law], Kharkiv: Pravo, 2014, 364 p.
4. Bibik O. N. Istochniki ugolovnoho prava Rossiyskoy Federatsii [Sources of criminal law of the Russian Federation]. Sankt-Peterburg: Izd-vo R. Aslanova «Yuridicheskiy tsentr Press», 2006, 243 p.
5. Kryminalne pravo Ukrainy: Zahalna chastyna [The criminal law of Ukraine: general part], Kharkiv: Pravo, 2015, 528 p.
6. Andrushko P. Dzherela kryminalnoho prava Ukrainy: poniattia, vydy [Sources of criminal law of Ukraine: concept, types], *Pravo Ukrainy*, 2011, no. 9, pp. 25–41.
7. Naden O. V. Teoretychni osnovy kryminalno-pravovoho rehuliuвання v Ukraini [Theoretical bases of criminal and legal regulation in Ukraine], Kharkiv, 2012, 272 p.
8. Braynin Ya. M. Ugolovnyy zakon i ego primenenie [Criminal law and its application], Moskva, 1967, 240 p.
9. Hutorova N. O. Okhoronna funktsiia kryminalnoho prava [Security function of criminal law], *Nauka kryminalnoho prava v systemi mizhdystsyplynarnykh zvyazkiv: materialy mizhnar. nauk. prak. konf. (9–10 zhovtnia 2014 r.)*, Kharkiv: Pravo, 2014.
10. Panov M. I. Vstup do navchalnoho kursu «Kryminalne pravo Ukrainy» [Introduction to a course «Criminal law of Ukraine»], Kyiv: In Iure, 2015, 104 p.
11. Shkola S. Pomyluvannya zasudzhennykh v Ukraini: problemy pravovoho rehuliuвання [Pardon of convicts in Ukraine: problems of legal regulation], *Pravo Ukrainy*, 2000, no. 8, pp. 99–102.
12. Iaremko H. Z. Blanketni dyspozytsii v stattiakh Osoblyvoi chastyny Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Blanket dispositions in articles of the Special part of the Criminal code of Ukraine], Lviv: Lvivskiy derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav, 2011, 432.
13. Panov M., Kvasnevska N. Kvalifikatsiia zlochyniv pry blanketni dyspozytsii zakonu pro kryminalnu vidpovidalnist [Qualification of crimes at blanket dispositions of Law on criminal responsibility], *Pravo Ukrainy*, 2010, no. 10, pp. 47–55.

### **Панов М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення**

**Анотація.** У статті розглядаються джерела кримінального права, виокремлюються, з погляду формально-юридичних властивостей, ті з них, які є нормативно-правовими актами, містять норми кримінального права і за юридичною силою є законами України про кримінальну відповідальність. Пропонується поділяти джерела кримінального права на основні і субсидіарні. До основних відносяться Конституція України, рішення Конституційного Суду України щодо неконституційності норм кримінального права, міжнародні договори, згода на які надана Верховною Радою України, закони про кримінальну відповідальність, визначальним і базовим серед яких є Кримінальний кодекс України. Субсидіарні джерела не містять норм кримінального права як таких, а є нормативно-правовими актами іншої галузевої приналежності. Норми чи елементи цих актів включаються у зміст закону про кримінальну відповідальність як додаткові (blanketні диспозиції), підпорядковуються йому та виконують у кримінально-правовому регулюванні специфічні допоміжну та конкретизуючу функції.

**Ключові слова:** джерела кримінального права, основні джерела, субсидіарні джерела, нормативно-правовий акт, закон про кримінальну відповідальність, Кримінальний кодекс України, норма кримінального права, blanketна диспозиція кримінально-правової норми.

### **Панов Н. Источники уголовного права: понятие, виды, правовое значение**

**Аннотация.** В статье рассматриваются источники уголовного права, выделяются, с точки зрения их формально-юридических свойств, те, которые являются нормативно-правовыми актами, содержат нормы уголовного права и с учетом их юридической силы являются законами Украины об уголовной ответственности. Предлагается подразделять источники уголовного права на основные и субсидиарные. К основным относятся: Конституция Украины, решения Конституционного Суда Украины о неконституционности норм уголовного права, международные договоры, согласие на которые дано Верховной Радой Украины, законы об уголовной ответственности, определяющим и базовым среди которых является Уголовный кодекс Украины. Субсидиарные источники не содержат норм уголовного права как таковых, являются нормативно-правовыми актами иной отраслевой принадлежности. Нормы или элементы этих актов включаются в содержание закона об уголовной ответственности как дополнительные (blanketные диспозиции), подчиняются ему и выполняют в уголовно-правовом регулировании специфические вспомогательную и конкретизирующую функции.

**Ключевые слова:** источники уголовного права, основные источники, субсидиарные источники, нормативно-правовой акт, закон об уголовной ответственности, Уголовный кодекс Украины, норма уголовного права, blanketная диспозиция уголовно-правовой нормы.



**Panov M. Sources of Criminal Law: Concept, Types, Legal Value**

**Annotation.** In article sources of criminal law are considered, are allocated, from the point of view of their legalistic properties those which are normative legal acts, contain norms of criminal law and taking into account their validity are laws of Ukraine on a criminal responsibility. It is offered to subdivide sources of criminal law into the main and subsidiary. Treat the main: The constitution of Ukraine, the decision of the Constitutional Court of Ukraine on illegality of norms of criminal law, the international contracts to which it is agreed by the Verhovna Rada of Ukraine, laws on a criminal responsibility, defining and basic among which is the Criminal code of Ukraine. Subsidiary sources do not contain norms of criminal law per se, are normative legal acts of other branch accessory. Norms or elements of these acts join in contents of the law on a criminal responsibility as additional (blanket dispositions), submit to it and carry out the specific auxiliary and concretizing functions in criminal and legal regulation.

**Key words:** sources of criminal law, main sources, subsidiary sources, normative legal act, law on a criminal responsibility, Criminal code of Ukraine, norm of criminal law, blanket disposition of the criminal precept of law.

*III. Джерела міжнародного права та права  
Європейського Союзу:  
окремі аспекти трансформації*

**ДЖЕРЕЛА ПРАВА  
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ:  
НОВІТНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ**



**К. СМІРНОВА**

*доктор юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри порівняльного і європейського права  
Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

**П**раво Європейського Союзу (далі — Євросоюз, ЄС), що формувалося понад півстоліття, являє собою громіздку систему правових інструментів, які регулюють процеси інтеграції в європейському просторі. Правопорядок ЄС становить якісно нову форму інтеграції держав, за рівнем якої вона не має аналогів у світі. Він відрізняється як від міжнародного, так і від внутрішнього правопорядку держав; має власну систему правових актів для регулювання суспільних відносин на виконання цілей і завдань установчих договорів європейських інтеграційних організацій. Еволюція правових інструментів Євросоюзу забезпечує стабільність та ефективність функціонування інтеграційного об'єднання. Форми фіксації норм права ЄС є визначальним чинником розвитку європейського інтеграційного об'єднання та мають характерні особливості, акумулюючи в собі елементи джерел міжнародного і внутрішнього права.

© К. Смирнова, 2017

Питання джерел права Євросоюзу постійно в центрі уваги фахівців у галузі міжнародного та європейського права. Причому дослідження з цього питання проводяться як в аспекті загальнотеоретичного правознавства [1], так і міжнародно-правового аналізу. Зокрема, цій темі присвячували свої праці Р. Давид, В. Денисов, К. Жоффре-Спіноза, В. Забігайло, С. Зивс, Л. Карту, М. Кремона, Л. Луць, Ж.-В. Луї, В. Малахов, М. Микієвич, В. Муравйов, Г. Муромцев, Ж.-Л. Сорон та ін. Незважаючи на прискіпливу увагу доктрини до питань джерел права ЄС, аспекти еволюції їх розвитку, ієрархії норм, екстериторіальності дії залишаються актуальними для теорії та практики застосування. Варто висвітлити та дослідити основні тенденції розвитку системи нетипових актів Євросоюзу, їх систематизації, проникнення у правопорядки третіх країн.

Реформування ЄС у зв'язку з набуттям чинності з 1 грудня 2009 р. Лісабонського договору необхідне було

для подальшого міцного функціонування Євросоюзу, посилення його ефективності та демократизації; це позначилося на зміні організації наддержавного комплексу правових інструментів. Лісабонський Договір про Євросоюз (далі – ДЄС) та Договір про функціонування Євросоюзу (далі – ДФЄС) [2], що внесли зміни до Договору про Євросоюз та Договір про заснування Європейського Співтовариства, стають установчими джерелами реформованого Євросоюзу, який отримав міжнародну правосуб'єктність.

Досліджуючи питання джерел права ЄС, кожен правник готовий запропонувати власну класифікацію джерел. Аналізуючи доктрину, можна узагальнено вивести типології зарубіжних і вітчизняних юристів, декотрі з яких виокремлюють первинні, вторинні (або похідні) і третинні джерела; основні та допоміжні; типові й нетипові; внутрішні та зовнішні [3] та ін. Усі запропоновані концепції джерел права Євросоюзу, як і будь-яка типологія взагалі, мають умовний характер. Об'єднавчою рисою досліджень джерел права ЄС є виокремлення установчих договорів і правових актів.

Установчі договори, що формують правову основу для функціонування всієї структури Євросоюзу, творять міжнародний договірний механізм інтеграції, здійснюваної в межах останнього, що являє собою систему міжнародних угод, за допомогою яких спрямовується розвиток інтеграційних процесів у цьому об'єднанні. Такі джерела посідають найвище ієрархічне місце серед інших джерел, внаслідок чого решта актів мають підпорядковуватися цим джерелам і не суперечити їм.

До системи первинних джерел належить Хартія основних прав Європейського Союзу у редакції 2007 р., яка має таку саму юридичну силу, як і Лісабонські договори.

Доктрина вказує, що до основоположних джерел права ЄС належать цін-

ності Євросоюзу, які містять моральні засади сучасного етапу розвитку суспільства держав-членів, на яких базується ЄС. До них відносяться: повага до людської особистості, свобода, демократія, рівність, правова держава, дотримання прав людини, дотримання прав осіб, які належать до меншин, плюралізм, недискримінація, терпимість, справедливість, солідарність, рівність чоловіків та жінок (ст. 2 ДЄС). Наслідком недотримання державою-членом цінностей Євросоюзу може бути застосування до неї санкцій (ст. 7 ДЄС). Держави, що бажають вступити до ЄС, мають поважати цінності Союзу і взяти на себе зобов'язання запроваджувати їх у життя (ст. 49 ДЄС).

До системи джерел права Євросоюзу також слід віднести загальні принципи права, спільні для правових систем держав-членів. Правова основа для включення загальних принципів права до правової системи Євросоюзу є опосередкованою і базується на ст. 263 ДФЄС. Установчі договори уповноважили Суд ЄС забезпечувати дотримання законності при їх тлумаченні та застосуванні, що прямо передбачає ст. 19 ДЄС. Стаття 6 ДЄС визначає, що «основні права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, і передбачені конституційними традиціями, спільними для всіх держав-членів, становлять загальні принципи права Союзу».

Завдяки зникненню специфічних правових інструментів, якими раніше оформлювалися дії в межах спільної зовнішньої політики і політики безпеки та співробітництва у сфері охорони правопорядку й правосуддя у кримінальних справах, відбулася ліквідація «триопорної» структури Євросоюзу. Завдяки спрощенню системи правових актів, які раніше приймалися у межах колишньої «другої» та «третьої» опор, Євросоюз на сьогодні позбувся нагромадження таких актів, як спільна стратегія, спільна дія, рамкове рішення

тощо. У статті 288 ДФЄС вказується, що «для здійснення компетенції Союзу інститути ухвалюють регламенти, директиви, рішення, рекомендації і висновки».

Також відповідно до ст. 22 ДЄС правовим інструментом реалізації спільної зовнішньої політики та політики безпеки стає рішення, що не належить до законодавчого типу актів, зі спеціальною процедурою його прийняття Європейською радою і Радою Євро-союзу (ст. 31 ДЄС). Крім того, рішення також можуть врегульовувати організаційні питання, зокрема й уточнення або внесення змін до окремих положень установчих договорів, не змінюючи сферу компетенції Союзу (ст. 48 ДЄС). Таким чином, через призму різноманітності джерел права ЄС у цій сфері можна підтвердити наявний дуалізм у сферах правового регулювання.

До новітніх тенденцій слід віднести розмежування законодавчих і незаконодавчих актів залежно від застосованих до них процедур ухвалення рішень. Лісабонський договір запровадив класифікацію правових актів на підставі таких критеріїв, як суб'єкт, що видає акт, юридична сила цих актів і процедура їх прийняття. На підставі цих критеріїв правові акти розподіляються на дві категорії: законодавчі та незаконодавчі акти. Законодавчим актом є такий правовий акт, який має юридично обов'язкову силу, що приймається відповідно до законодавчої або спеціальної законодавчої процедури за участю Ради Євросоюзу та Європарламенту (ст. 289 ДФЄС). Таким чином, документи, видані Європейською радою, Комісією або Європейським центральним банком (далі — ЄЦБ) законодавчими актами не визнаються. До незаконодавчих актів належать як юридично обов'язкові акти, видані інститутами відповідно до інших процедур їх прийняття, так і рекомендації та висновки, які не мають обов'язкової сили незалежно від інституту, що їх прийняв. Серед незаконодавчих актів виокремлюють дві підка-

тегорії актів: делеговані та виконавчі. Делеговані акти приймаються Комісією на підставі і в межах повноважень, які делеговані їй в законодавчому акті (ст. 290 ДФЄС). Виконавчі акти приймаються Комісією або Радою з метою забезпечення єдиних умов реалізації, які були передбачені в так званих «базових» регламентах або директивах (ст. 291 ДФЄС). Відтепер назва відповідного нормативно-правового акта в обов'язковому порядку має віддзеркалювати інформацію про те, до якої підкатегорії він належить: «делегований» чи «виконавчий».

Поділ правових актів на категорії законодавчих та незаконодавчих не призводить до запровадження принципу верховенства одних над іншими. Підзаконний характер мають лише делеговані та виконавчі незаконодавчі акти.

На відміну від «типових» актів, прийняття яких прямо передбачене установчими договорами, існує категорія нормативних актів, які через своє місце в ієрархічній системі не вписуються у загальноприйнятну номенклатуру. Такі акти в доктрині отримали назву «*sui generis*» [4; 5, 229–232]. Ухвалення та систематизація актів *sui generis* впливає із практики права Євросоюзу. До таких актів слід зараховувати акти, видані поза межами інституційного механізму Євросоюзу, наприклад, акти Євробудсмана, акти Євроюста чи інших агентств ЄС, які можуть набувати форми висновків, резолюцій, декларацій тощо. Такі акти не входять у систему правових актів відповідно до ст. 288 ДФЄС. Також до нетипових актів, або актів *sui generis*, слід зарахувати акти інститутів, що видаються у непередбаченій в установчому договорі формі. Як свідчить практика функціонування інститутів Євросоюзу, до такої категорії актів належать: повідомлення (*communication*), білі та зелені книги (*white and green papers*), керівні настанови (*guidelines*), кодекси пове-

дінки, резолюції тощо. Із практики діяльності інститутів ЄС випливає, що повідомлення Комісії покликані раціоналізувати процедуру ухвалення актів у межах Євросоюзу, зробити її простішою й відкритішою. Коли накопичується велика кількість повідомлень з одного питання, Комісія кодифікує їх у Зелену книгу, а напередодні ухвалення нормативно-правових актів на їхній підставі видає остаточний варіант — Білу книгу.

Юридичний аналіз білих та зелених книг породжує неоднозначність у тлумаченні цих актів. З одного боку, вони мають рекомендаційний характер, однак, з другого боку, можуть породжувати обов'язкові юридичні наслідки в певних прямо передбачених випадках. Включення до них положень обов'язкових для виконання актів або посилок на них породжує особливу роль цих документів у регулюванні інтеграційних процесів. За необхідності допускається їх оспорування у Суді ЄС.

У зв'язку з цим слід зазначити, що такі «нетипові» акти ЄС належать до «м'якого» права ЄС (*soft law*) [6]. Доктрина м'якого права в Євросоюзі набула більш активно розвитку з середини 90-х років ХХ ст., що пов'язано з заснуванням самого об'єднання. Європейський правник Ф. Снідер дає більш чітке лаконічне визначення м'якого права в ЄС, яке є класичним для міжнародного публічного права. У своєму дослідженні науковець визначає м'яке право як «правила поведінки, які, в принципі, не мають юридично зобов'язуючої сили, але, попри це, можуть мати практичні наслідки» [7]. Тобто головною ознакою актів м'якого права є те, що всі вони не є офіційно зобов'язуючими, хоча їх можуть дотримуватися (і на практиці дотримуються), що зумовлює їх наслідки виконання.

Фундаментальне узагальнене визначення м'якого права в доктрині права ЄС зробила Л. Сенден. Науковець вважає, що «м'яке» право формується

з «правил поведінки, які закладені в документах, що не пов'язані юридично обов'язковою силою як такою, однак, ймовірно, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив» [8].

У західній доктрині права ЄС існує підхід до поділу його на «тверде» і «м'яке» з огляду на юридично обов'язкову силу актів. Так, наприклад, Л. Барані розподіляє «жорсткі» методи правотворчості (наприклад, обов'язкова гармонізація на підставі директив, пряма дія регламентів, обов'язковість рішень Суду ЄС) та «м'які», під якими розуміється відкритий метод координації, що «використовується як платформа для добровільних угод» [9]. Однак механізми відкритого методу координації офіційно невизначені та складаються із практики діяльності інститутів Євросоюзу, тому їх нечіткість зумовлює неможливість однозначного віднесення до м'яких методів правотворчості. Кажучи про правотворчість, на нашу думку, нелогічно виокремлювати «м'які» методи, з огляду на те, що процедури прийняття рішень чітко виписані в установчих договорах.

Своєрідне бачення м'якого права визначив західний правник К. Хілліон. Аналізуючи зовнішні відносини ЄС із третіми країнами, він пропонує концепцію «добровільного виконання актів рекомендаційного характеру» [10]. Під цими актами він розуміє прийняті рішення, які не мають формально юридично обов'язкового характеру, однак на практиці вони застосовуються у процесі інтеграції третьої країни до ЄС.

З аналізу доктрини права Євросоюзу можна зробити висновок, що феномен «м'якого права» має своє віддзеркалення як у внутрішній, так і зовнішній політиці об'єднання. Існування нетипових актів вказує на їх особливу правову природу, яка лежить в основі особливої правової природи самого ЄС.

Окремою групою актів, схвалюваних інститутами Євросоюзу, є насамперед стимуляційні заходи, або, як їх ще називають, рішення про заохочувальні дії, або заохочувальні дії («*incentive measures*») відповідно до статей 149, 165 (4), 167 (5), 168 (4) ДФЄС; загальні орієнтири («*general orientations*») – статті 12.1 і 14.3 Протоколу про Статут Європейської системи центральних банків та ЄЦБ; загальні настанови («*guidelines*») – статті 121 (2), 148 (2), 171 (1) ДФЄС. Об'єднує всі ці нормативно-правові акти процедура їх ухвалення – звичайна законодавча процедура після консультації з Економічним і соціальним комітетом і Комітетом регіонів (ст. 294 ДФЄС). До інших нормативно-правових актів можна також віднести орієнтири ЄЦБ, що видаються з метою регулювання кредитно-грошових відносин, зокрема й валютної політики (ст. 12.1 Статуту Європейської системи центральних банків та ЄЦБ), які за своєю юридичною природою дуже схожі на директиви. Прикладом може бути орієнтир ЄЦБ від 10 січня 2001 р. «Про встановлення деяких правил з питань переходу у 2002 році до готівкового євро».

Лісабонський договір ввів норму стосовно юридичної сили міжінституційних угод між Європарламентом, Комісією і Радою, які є договірними актами інститутів Євросоюзу. Стаття 295 ДФЄС чітко вказує на можливість обов'язкового характеру цих угод.

Для права ЄС властивий безперервний розвиток. Систематизація законодавчої практики – це постійна форма впорядкування правової системи. Створення внутрішньо єдиної системи актів є необхідною умовою ефективності правотворчої діяльності. Для законодавчої практики Євросоюзу процеси систематизації є новими за зразком аналогічного процесу в національному законодавстві.

Облік нормативних актів є такою формою систематизації, за якої видані

нормативно-правові акти фіксуються у письмовому або автоматизованому порядку. Облік нормативно-правового матеріалу в ЄС має своє відображення у сучасній розгалуженій мережі електронного віддаленого доступу до системи *EUR-lex*.

Інкорпорація є такою формою систематизації, за якою нормативні акти визначеного рівня об'єднуються повністю або частково в різноманітні збірники у визначеному порядку, наприклад, у хронологічному, алфавітному або системно-предметному. Для ЄС характерними є послідовність і вибірковість інкорпорації. Інкорпорації підлягають переважно акти щодо співробітництва у сфері простору свободи, безпеки та юстиції. Яскравим прикладом системно-предметної інкорпорації є публікація в 2000 р. Шенгенського *acquis*, що систематизувала норми, які регулюють вільне пересування у межах ЄС, механізми судового співробітництва та забезпечення безпеки зовнішніх кордонів Євросоюзу. При аналізі законодавства ЄС можна дійти висновку, що процеси консолідації відбуваються на двох рівнях: первинного права та вторинного права Євросоюзу.

На кожному історичному етапі еволюції правопорядку Євросоюзу, що характеризується підписанням договорів, які вносять зміни до установчих документів, відбувається консолідація норм. Підтвердженням цього факту є прийняття та вступ у силу Лісабонського договору, консолідована версія якого увібрала надбання всього кола установчих документів. На рівні вторинного законодавства можна спостерігати тенденцію до зростання процесу консолідації директив і регламентів. Особливістю такого рівня консолідації є її неофіційний характер. Такі процеси властиві, зокрема, бюджетному, митному, транспортному, антимонопольному праву Євросоюзу.

Ще однією формою систематизації в законодавчій практиці Євросоюзу є

кодифікація, завдяки якій за останні роки найчастіше почали з'являтися регламенти — кодекси. Особливістю цієї форми систематизації є офіційний її характер. Прикладами можуть бути Митний кодекс у формі Регламенту № 952/2013; Візовий кодекс у формі Регламенту № 810/2009; Шенгенський кодекс про кордони у формі Регламенту № 2016/399 тощо.

Варто зазначити, що в праві Євро-союзу окреслюється тенденція до скорочення кількості нормативно-правових актів, що досягається, зокрема, через запровадження різних форм систематизації. У зв'язку з цим необхідно сказати, що систематизація законодавства як постійна форма розвитку і впорядкування діючої правової системи притаманна не лише національному законодавству, а й правовій системі Євро-союзу.

Система джерел права ЄС також має своє відображення у його зовнішній політиці стосовно третіх країн. Слід зазначити, що джерела стають об'єктом для транспонування норм права Євро-союзу у правопорядки третіх країн, якщо відповідне зобов'язання передбачене міжнародною угодою. Яскравим прикладом цього є ратифікована у 2014 р. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським спів-

товариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [11]. Текст документа містить відсилки до джерел права ЄС, як до первинного (до установчих договорів), так і до вторинного права, а також до судової практики Євро-союзу. При цьому додатки до Угоди про асоціацію, а саме до розділів IV та V, містять переліки нормативно-правових актів ЄС у різних сферах, які мають бути імplementовані в законодавство України у встановлені терміни. Натомість постає актуальне практичне питання щодо актуалізації таких переліків у зв'язку з динамічністю розвитку права ЄС.

З аналізу системи джерел права ЄС можна констатувати, що *acquis* ЄС є комплексом «твердого» та «м'якого» права Євро-союзу, включно з його основними принципами, доктринами та цінностями. Отже, наповнення системи джерел права ЄС є набагато вужчим за зміст, ніж поняття *acquis*, яке, крім джерел права Євро-союзу, містить ще й сукупність правових актів необов'язкового характеру, доктрину, рішення Суду ЄС, рекомендації та домовленості, які виникли за час існування європейських інтеграційних об'єднань і повинні беззастережно сприйматися державами-членами та третіми країнами, що мають договірні відносини з Євро-союзом.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Стрельцова О. В. Джерела права Європейського Союзу (теоретичні аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О. В. Стрельцова. — Київ, 2008. — 20 с.
2. *Consolidated* versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal. — 2008. — С 115. — 361 p.
3. Смирнова К. В. Джерела права Європейського Союзу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / К. В. Смирнова. — Київ, 2005. — 20 с.
4. Daniele L. Diritto materiale della Comunità Europea / L. Daniele. — Milan, 1995. — 255 p.
5. *Blanquet M.* Droit général de l'Union européenne / M. Blanquet. — Paris : Dalloz, 2006.
6. *European* Parliament resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of «soft law» instruments (2007/2028(INI)) // Official Journal. — 2008. — С 187. — P. 75–79.
7. *Snyder F.* Soft Law & Institutional Practice in the European Community / F. Snyder // European University Institute Working Paper, LAW. — Florence, 1993. — № 93/5. — 18 p.
8. *Senden L.* Soft Law in European Community Law / L. Senden. — Hart publishing, 2004. — 592 p.
9. *Barani L.* Hard and Soft Law in European Union: The case of social policy and the Open Method of Coordination / L. Barani // WebPapers on Constitutionalism & Governance beyond the State. — 2006. — № 2. — 32 p.

10. Hillion C. A new framework for the relation between the Union and its East-European Neighbours / C. Hillion // *The European Neighbourhood Policy: A framework for Modernization*, EUI Working Papers (Cremona M., Meloni G. eds). Law. — 2007. — № 21. — P. 147–154.
11. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII // *Відомості Верховної Ради України*. — 2014. — № 40. — Ст. 2021.

#### REFERENCES

1. Strieltsova O. V. *Dzherela prava Ievropeiskoho Soiuzu (teoretychni aspekty) [Sources of law of the European Union (theoretical aspects)]*, Kyiv, 2008, 20 p.
2. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal*, 2008, C115, 361 p.
3. Smyrnova K. V. *Dzherela prava Ievropeiskoho Soiuzu [Sources of the European Union Law]*, Kyiv, 2005, 20 p.
4. Daniele L. *Diritto materiale della Comunita Europea*, Milan, 1995, 255 p.
5. Blanquet M. *Droit général de l'Union européenne*, Paris: Dalloz, 2006.
6. European Parliament resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of «soft law» instruments (2007/2028(INI)), *Official Journal*, 2008, C 187, pp. 75–79.
7. Snyder F. *Soft Law & Institutional Practice in the European Community*, *European University Institute Working Paper, LAW*, Florence, 1993, no. 93/5, 18 p.
8. Senden L. *Soft Law in European Community Law*. Hart publishing, 2004, 592 p.
9. Barani L. *Hard and Soft Law in European Union: The case of social policy and the Open Method of Coordination*. *Web-Papers on Constitutionalism & Governance beyond the State*, 2006, no. 2, 32 p.
10. Hillion C. A new framework for the relation between the Union and its East-European Neighbours. *The European Neighbourhood Policy: A framework for Modernization*, *EUI Working Papers (Cremona M., Meloni G. eds)*, Law, 2007, no. 21, pp. 147–154.
11. Pro ratyfikatsiiu Uhody pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Ievropeiskym Soiuzom, Ievropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i ikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony: Zakon Ukrainy vid 16 veresnia 2014 r. № 1678-VII [About ratification of the Agreement on association between Ukraine, on the one hand, and European Union, European Community on Atomic Energy and their state members, on the other hand: The law of Ukraine of September 16, 2014 № 1678-VII], *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2014, no. 40, Article 2021.

#### Смирнова К. Джерела права Європейського Союзу: новітні тенденції розвитку

**Анотація.** Особливий «автономний» правопорядок Європейського Союзу має власну систему правових актів для регулювання суспільних відносин на виконання цілей і завдань установчих договорів європейських інтеграційних організацій. Еволюція правових інструментів Євросоюзу забезпечує стабільність та ефективність функціонування інтеграційного об'єднання. Джерела права ЄС, на відміну від внутрішнього права держав-членів, не утворюють сталу систему. Форми фіксації норм права Євросоюзу є визначальним чинником розвитку європейського інтеграційного об'єднання і мають характерні особливості, акумулюючи в собі елементи джерел міжнародного та внутрішнього права.

Лісабонський договір загалом не змінив загальної будови системи джерел права ЄС, а систематизував нормативно-правові акти, поділивши на категорії законодавчих і незаконодавчих. Завдяки зникненню специфічних правових інструментів, якими раніше оформлювалися дії в межах спільної зовнішньої політики і політики безпеки та співробітництва в сфері охорони правопорядку і правосуддя у кримінальних справах, відбулася ліквідація «триопорної» структури Євросоюзу. Відповідно до ст. 288 Договору про функціонування ЄС для здійснення компетенції Союзу інститути приймають регламенти, директиви, рекомендації та висновки й ухвалюють рішення. Проаналізовано тенденції систематизації нормативно-правових актів ЄС, а також роль джерел права Євросоюзу у зовнішній політиці ЄС.

**Ключові слова:** Європейський Союз, джерела права, Лісабонський договір, *acquis, sui generis*, регламент, директива, рішення, рекомендація, висновок, законодавчі акти, незаконодавчі акти.

#### Смирнова К. Источники права Европейского Союза: новейшие тенденции развития

**Аннотация.** Особый «автономный» правопорядок Европейского Союза имеет собственную систему правовых актов для регулирования общественных отношений на выполнение целей и задач учредительных договоров европейских интеграционных организаций. Эволюция правовых инструментов Евросоюза обеспечивает стабильность и эффективность функционирования интеграционного объединения. Источники права ЕС, в отличие от внут-



ренного права государств-членов, не образуют устойчивую систему. Формы фиксации норм права Евросоюза являются определяющим фактором развития европейского интеграционного объединения и имеют характерные особенности, аккумулируя в себе элементы источников международного и внутреннего права.

Лиссабонский договор в целом не изменил общего строения системы источников права ЕС, а систематизировал нормативно-правовые акты, поделив на категории законодательных и незаконотательных. Благодаря исчезновению специфических правовых инструментов, которыми раньше оформлялись действия в рамках общей внешней политики и политики безопасности и сотрудничества в сфере охраны правопорядка и правосудия по уголовным делам, произошла ликвидация «трехопорной» структуры Евросоюза. В соответствии со ст. 288 Договора о функционировании ЕС для осуществления компетенции Союза институты принимают регламенты, директивы, рекомендации, выводы и решения. Проанализированы тенденции систематизации нормативно-правовых актов ЕС, а также роль источников права Евросоюза во внешней политике ЕС.

**Ключевые слова:** Европейский Союз, источники права, Лиссабонский договор, *acquis, sui generis*, регламент, директива, решение, рекомендация, выводы, законодательные акты, незаконотательные акты.

### **Smyrnova K. The Sources of Law of the European Union: the Newest Tendencies of Development**

**Annotation.** Sui generis autonomous law order of the European Union has separate system of legal acts to regulate relations in accordance with the statutory documents of the European integration organizations. Evolution of the EU legal instruments secures stability and effective functioning of the integration union. The EU Law sources are not composed into the constant system that can unify all sources to the comprehensive whole from the one side, and from another side can adjudicate the criteria for its separation into re independent components, unlike sources of national law. Fixing forms of the EU norms are formulated as the determinating factor of the European integration development that have own features accumulating elements of the international and national law sources.

Lisbon Treaty doesn't change the whole system of the sources, otherwise following the practice, the Reform Treaty classifies legal acts into category of legislative and nonlegislative. By the way of dissolution of legal acts in the framework of the former «second» and «third» pillars the EU obtains single structure and dissolution of its pillars structure. Article 288 TFEU contemplates that the Union shall exercise its competences by the way of adopting regulations, directives, decisions, recommendations and opinions. The tendency of systematization of acts was described as well as their role in the EU external relations.

**Key words:** European Union, sources of law, Lisbon Treaty, *acquis, sui generis*, regulation, directive, decision, recommendation, opinion, legislative acts, nonlegislative acts.

## КОНСТИТУЦІЙНА НОРМА ЩОДО МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ: ОБҐРУНТУВАННЯ ДОЦІЛЬНОСТІ І ЗМІСТУ



**Ю. ЩОКІН**  
*доктор юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри міжнародного права  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

Визначення конституційних засад співвідношення Конституції України з міжнародним правом уособлюється у низці аспектів. Одним із них є визначення ставлення до застосування джерел міжнародного права. Чинна Конституція України головну увагу приділяє лише міжнародним договорам (ст. 9). Водночас залишає осторонь питання про міжнародно-правові звичаї, значення яких у регулюванні міжнародних правовідносин у будь-якому разі не поступається договорам, а в багатьох випадках навіть переважає.

Добре відомо, що тільки розширене тлумачення окремих статей Конституції України дозволяє стверджувати, що її творці мали на увазі, зокрема, й міжнародно-правові звичаї. Насамперед йдеться про статті 8 і 18 Основного Закону. Стаття 8 проголошує верховенство права. Стаття 18 вказує, що держава у своїй зовнішньополітичній діяльності повинна керуватися основними принципами і нормами міжнародного права. І досі залишається актуальним положення ч. 3 ст. X Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. (далі — Декларація): «Українська РСР визнає перевагу

загальнолюдських цінностей над класовими, пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права».

Такі підходи повною мірою відповідають усталеним зарубіжним конституційним стандартам, але в жодному разі не сьогоденню. Тим паче, що зарубіжні «взірцеві» стандарти апелюють передусім до західноєвропейського конституційного правотворення першої половини минулого століття, зокрема, до норм Конституцій Австрії 1920 р. (ст. 9), Франції 1946 р. (преамбула), Італії 1947 р. (п. 1 ст. 10), ФРН 1949 (ст. 29) тощо. Не секрет, що конституції багатьох пострадянських країн загалом просто запозичили такий підхід, не врахувавши практику тлумачень конституційних і верховних судів західноєвропейських держав, які значною мірою виправили недоліки, притаманні відповідним конституційним формулюванням [1; 2]. Для України зараз, коли відбувається конституційна реформа і працює відповідна Конституційна Комісія, є можливість ввести в дію низку таких нормативних нововведень, які, з одного боку, оптимізують регулювання певних конституційних положень, а з другого — викличуть

жвавий інтерес міжнародної спільноти. Одним із таких нормативних нововведень може бути норма щодо встановлення і застосування міжнародно-правових звичаїв.

Крім цього, на сучасному етапі українського державотворення визнання і застосування міжнародно-правових звичаїв у внутрішньому праві значно сприятиме гармонізації норм європейського, міжнародного права національного права України, яка, як справедливо зазначає Н. Пархоменко, «має особливу значущість і актуальність, оскільки з цим процесом пов'язане не лише створення правової бази для майбутнього вступу до ЄС, а й досягнення інших важливих для нашої держави цілей» [3, 341].

Проблематику міжнародно-правових звичаїв та окремі проблеми їх встановлення і застосування на міжнародній арені і в межах українського правопорядку в українській доктрині міжнародного права досліджували В. Денісов, А. Дмитрієв, С. Войтович, М. Гнатовський, О. Київець, М. Медведєва, Л. Тимченко, О. Шемякін та інші вчені. Вельми тривалий проміжок часу міжнародно-правовий звичай був і залишається основною темою наукових досліджень автора цієї статті [4; 5].

Метою статті є обґрунтування доцільності включення до Конституції України та визначення змісту норми, яка б характеризувала загальні засади застосування міжнародно-правових звичаїв у внутрішньому українському праві.

По-перше, будь-якій сучасній конституції потрібна норма, яка б врегулювала комплекс питань щодо визнання та застосування міжнародно-правових звичаїв як у міжнародних, так і внутрішньодержавних правовідносинах. Посилання на загальновизнані основні принципи та норми є вкрай недостатнім, воно здійснюється на зміст норм, а не форму їх зовнішнього вираження. Тим паче, що основні прин-

ципи і норми так само закріплені й у міжнародному договірному праві.

На нашу думку, відповідна конституційна норма повинна починатися з прямого проголошення міжнародно-правових звичаїв джерелом права. У зв'язку з цим зазначимо, що в доктрині міжнародного права багато зауважень викликало формулювання ст. 9 Конституції України: «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України». Частково вони були виправлені нормою ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори». Однак головне концептуальне зауваження залишилося — міжнародні договори, на відміну від національних законів і практики їх застосування, мають іншу правову природу, а тому й не можуть бути «частиною законодавства». Зокрема, на це досить типове для конституцій пострадянських держав формулювання звертає увагу І. Лукашук: «Формулювання, що трапляється у конституціях: міжнародний договір — “частина законодавства” є не кращим, оскільки договір не може бути частиною права країни, може мати силу закону, але не може бути віднесений до законодавства. Ще більше це стосується норм загального міжнародного права» [6, 64].

Так само і міжнародно-правові звичаї не можуть бути частиною українського законодавства. У цьому сенсі більш оптимальним вважається формулювання ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».

Визнання міжнародно-правових звичаїв в Україні джерелом права має низку наслідків. Зокрема, у внутрішньому правопорядку воно «легітимує» це джерело, тобто надає всім суб'єктам

правозастосовної діяльності впевненість у припустимості і нормальності його використання при обґрунтуванні своїх прав та обов'язків. Це особливо актуально для пострадянських країн, де юридичний внутрішній звичай мавельми вузькі сфери застосування. А взагалі-то широким професійним загалом він не сприймався як самостійне і, так би мовити, «якісне» джерело.

Крім того, застосування міжнародно-правових звичаїв державними органами та, особливо, судами передбачає низку попередніх послідовних процесуальних дій щодо встановлення змісту таких норм, їх юридичної чинності й територіальної сфери застосування. Безумовно, це неможливо без знання міжнародного права і стану міжнародних правовідносин власної держави. Однак для держави це буде свідчити про більш ґрунтовний підхід до формування *opinio juris* як невід'ємного суб'єктивного (психологічного) елемента міжнародно-правової звичаєвої норми.

У площині міжнародно-правових відносин безпосереднє апелювання до міжнародно-правових звичаїв буде в державі додатковим стимулом до формування більш зваженої власної практики на міжнародній арені. У центрі уваги — постійний аналіз взаємовідносин з іншими державами і міжнародними організаціями на предмет формування постійної та повторюваної практики, яка згодом може набути звичаєво-правового характеру, а отже, за необхідності бути використаною при захисті своїх національних інтересів.

Міжнародному праву відомо чимало випадків, коли неухвально контроль держав за діяльністю власних органів, які формулювали хибну міжнародну практику, призводив до довготривалих і, відповідно, складних і затратних міжнародних процесів з їх розв'язання. Прикладом може бути спір між Канадою і Сполученими Штатами Америки щодо делімітації морського кордону в районі затоки Мен. У центрі уваги

було тлумачення некоректного з погляду США листування Бюро з управління земельними ресурсами Департаменту внутрішніх справ США з Департаментом щодо Північних справ і національних ресурсів Канади у 1965 р. На підставі цього листування Канада стверджувала про визнання Сполученими Штатами Америки міжнародного звичаю, який надавав їй можливість на проведення лінії морського кордону таким чином, щоб він повністю відповідав інтересам Канади щодо використання ресурсів континентального шельфу. Визначальним у спорі стало рішення Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй (далі — ООН), ухвалене аж у 1984 р. [7].

Слід зазначити, що США зробили відповідні висновки, і з кінця 1980-х — початку 1990-х років стали формувати свою зовнішню політику таким чином, щоб власна міжнародна практика в певний момент надавала підстави стверджувати про існування «вигідних» для них міжнародно-правових звичаїв [8]. Отже, можна виокремити ще один аргумент на користь конституціоналізації міжнародно-правових звичаїв — стимул для прогнозованого формування практики держави на міжнародній арені, яка б відповідала утворенню міжнародно-правових звичаїв, що задовольняють її інтереси.

По-друге, норма щодо міжнародних звичаїв повинна була не тільки вказувати на підстави їх застосування у зовнішніх та/або внутрішніх правовідносинах країни, а й відображати основні елементи формування цього джерела. Тобто має бути вказівка на два основних елемента звичаю — практику (об'єктивний) та *opinio juris* (суб'єктивний). Це необхідно для узгодження внутрішнього конституційного бачення складу будь-якої міжнародно-правової звичаєвої норми з усталеними міжнародними підходами, які вже сформувалися у практиці міжнародних судових органів (передусім у практиці Міжнарод-

ного суду ООН) і відповідають найвищим загальноновизнаним доктринальним стандартам, що представлені доробком Комісії міжнародного права ООН та Інституту міжнародного права.

Сучасна українська доктрина у цьому сенсі досить різноманітна: інколи виокремлюються такі елементи міжнародно-правового звичаю, які не збігаються з міжнародними загальноновизнаними підходами. Їх можна сприймати як особисті авторські бачення цього джерела, але вони не в змозі докорінно змінити міжнародний стандарт структури звичаю, а тому з погляду практичної доцільності їх використання може лише заплутати українського правозастосовувача.

У цьому сенсі привертає увагу те, яким чином вказується міжнародно-правовий звичай у ст. 38 (1) (b) Статуту Міжнародного суду ООН — «міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Недолік цього визначення добре відомий — порушена логіка формулювання змісту джерела: одне джерело («міжнародний звичай») є доказом власного існування («загальної практики, визнаної як правова норма»). Більш вдалою вважається норма ст. 38 (b) Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя: «Загальна практика, прийнята як право, свідчить про існування звичаєвої норми».

Однак річ дещо в іншому — і ст. 38 (1) (b) Статуту Міжнародного суду ООН, і ст. 38 (b) Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя містять прямі вказівки на елементи звичаю, які характеризують процес його утворення. Водночас у відповідних посиланнях цих документів на міжнародні договори, як і на інші джерела, міститься лише їх найменування без розкриття відповідних змістовних характеристик.

По-третє, при зверненні до міжнародно-правових звичаїв слід враховувати їх різноманітність. У доктрині і практиці міжнародного права добре

відомі різні класифікації звичаїв залежно від територіальної сфери дії (загальні, локальні (або партикулярні звичаї за термінологією Комісії міжнародного права ООН)), юридичної ваги норм, які вони закріплюють (імперативні, диспозитивні), галузі міжнародного права (звичаї дипломатичні, міжнародного гуманітарного права, морські, права міжнародних договорів тощо). Важливо розрізнити міжнародно-правові публічні звичаї і звичаї міжнародного приватного права. Власне у цій статті йдеться саме про перші, але в будь-якому разі провозастосовувач повинен усвідомлювати ці відмінності.

Чинна Конституція України прямо не поділяє міжнародно-правові звичаї на категорії. Тільки розширене тлумачення ст. 8 може надати підстави до висновку про застосування таких особливих правових норм, як загальні принципи права. При цьому слід враховувати, що в доктрині міжнародного права стосовно загальних принципів вже багато років триває дискусія щодо їх окремого місця в системі джерел міжнародного права [9]. Зазначимо, що ст. 38 (1) (c) Статуту Міжнародного суду ООН «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями», виокремлює від міжнародних договорів і міжнародних звичаїв.

Стаття 18 Конституції України і ч. 3 ст. X Декларації вказують лише на звичаї загального міжнародного права. Доктрина відносить до них норми *erga omnes* як імперативні, так і диспозитивні. Зовсім не враховані локальні (партикулярні) звичаї, які теж, у свою чергу, вельми неоднорідні. Їх спектр поширюється від двосторонніх міждержавних звичаїв до звичаїв, що сформувалися у практиці великих міжнародних регіональних і міжрегіональних об'єднань (ЄС, Організація з безпеки і співробітництва в Європі, Ради Європи, Співдружність Незалежних Держав тощо). І річ навіть не в тому, чи мають вони визнаватися і застосовуватися

на міжнародному рівні — це й так відбувається, — а в тому, чи повинні внутрішні адміністративні й судові системи свідомо впливати на процеси утворення і застосування таких звичаїв. Це може безпосередньо вплинути на формування міжнародно-правової позиції держави щодо їх існування, чи, навпаки, запобігти тривалим міжнародним спорам, що нерідко тяжіють до відкритих збройних конфліктів, на кшталт таких, що детально досліджувалися у практиці Міжнародного суду ООН у справах про право проходу крізь територію Індії («Португалія проти Індії», 1960 р.) [10] або про храм Преа Віхеар («Камбоджа проти Таїланду», 1962 р.) [11]. До речі, в останньому випадку сутічки між сторонами ще тривають.

По-четверте, питання пріоритету міжнародно-правових звичаїв стосовно права України повинно бути вирішено обережно, з урахуванням зазначеної вище диференціації цього джерела та міцності української правової системи. Безумовно, Україна не може не визнавати пріоритет звичаїв, які об'єктивують основні принципи і норми міжнародного права й взагалі всі імперативні норми, які сформувалися у рамках чинної системи ООН. Саме їх і мали на увазі під час проголошення Декларації у 1990 р. Звісно, вони пріоритетніші за будь-яку державну конституцію у світі.

У сенсі внутрішньодержавної практики це означає, що з такими звичаями мають бути обізнані всі освічені люди. Не лише ті, хто має вищу юридичну освіту, а взагалі всі, хто у середній школі вивчав загальний курс з основ правознавства. Тому посилення і використання таких звичаїв у діяльності внутрішньодержавних, зокрема й судових органів, має бути вельми широким і вільним, що, однак, не передбачає права вищих судових органів на роз'яснення певних нюансів їх змісту та особливостей застосування у внутрішньому правопорядку.

Інша річ локальні звичаї у їх широкому розумінні. Впевнений, за юридичною силою вони не можуть переважати Конституцію України. Крім цього, артикуляція змісту таких звичаїв та включення їх до правової системи повинно бути предметом попереднього розгляду єдиного органу конституційної юрисдикції — Конституційного Суду України (далі — КСУ). Одночасно у міжнародно-правовій площині його висновок буде свідчити про безумовне юридичне визнання — *opinio juris* — таких норм. Це важливо, оскільки встановлення локальних звичаїв відрізняється від загальних значною специфікою. На відміну від останніх, довести їх існування набагато складніше. Політичні аспекти, як правило, домінують [12].

З огляду на це зазначимо, що визначення КСУ як єдиного і найбільш авторитетного судового органу, який мав би остаточне слово щодо існування та змісту міжнародної звичаєвої норми, її відповідності правопорядку України і Конституції України, особливостей її застосування у юридичній практиці України запобігло б появі й розквіту численної кількості «зручних одноразових» міжнародних звичаїв у практиці вельми розгалуженої судової системи нашої держави. Такий підхід відповідає зарубіжним стандартам. Крім цього, саме КСУ відповідно до п. 2 ст. 13 Закону України від 16 жовтня 1996 р. «Про Конституційний Суд України» уповноважений ухвалювати рішення та надавати висновки у справах щодо відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість. Верховний Суд України аналогічних міжнародно-правових повноважень поки не має. Але це питання дискусії.

По-п'яте, конституційна норма щодо звичаїв у найзагальнішому вигляді повинна вказувати на зв'язок і співвід-

ношення цього джерела з міжнародними договорами. У міжнародному праві вважається, що звичаї і договори мають однакову юридичну силу. Безумовно, це дуже спрощений погляд, але у нашому випадку його достатньо для визначення загального напрямку співвідношення цих джерел для внутрішньодержавного застосування. Їхня пріоритетність має залежати від часу утворення певного джерела щодо однорідних міжнародних правовідносин, тобто як це й визначається у міжнародно-правовій площині.

У міжнародному праві загальновизнано, що як договори можуть змінювати або взагалі скасовувати міжнародно-правові звичаї, так і, навпаки, міжнародно-правові звичаї можуть змінювати певні норми міжнародних договорів або повністю їх скасовувати [13]. Такі взаємозаміни цих джерел у регулюванні певних міжнародних відносин відбуваються лише у міжнародно-правовій площині. Однак роль національної законотворчості, а також судової та адміністративної практики безпосередньо стосується і встановлення змісту звичаєвої норми, і її правового визнання. Проте не слід розраховувати на те, що будь-який державний орган візьме на себе відповідальність остаточно заявити про становлення міжнародно-правового звичаю, який скасовує або змінює норму міжнародного договору. Як і раніше, запропонував би наділити такою компетенцією КСУ.

Підсумовуючи викладене вище, на розсуд юридичної спільноти хочемо запропонувати проект конституційної норми щодо міжнародних звичаїв такого змісту:

«1. Міжнародно-правові звичаї, які утворилися на підставі визнання правовими правил, що сформувалися у практиці міжнародних відносин, визнаються в Україні джерелом права.

2. Міжнародно-правові звичаї, що закріплюють загальновизнані принципи і норми міжнародного права, мають пріоритет над нормами внутрішньодержавного права.

3. Встановлення існування партикулярних (локальних) міжнародно-правових звичаїв, що сформувалися у практиці міжнародних відносин України з окремими державами і міжнародними міждержавними організаціями, здійснює Конституційний Суд України.

4. Міжнародно-правові звичаї і міжнародні договори України мають однакову юридичну силу. Їх пріоритетність у регулюванні однорідних міжнародних відносин визначається часом утворення звичаю або договору. Питання про утворення міжнародно-правового звичаю, який скасовує міжнародний договір України повністю чи його певні норми або змінює їх зміст, з'ясовує Конституційний Суд України».

Безперечно, це перший варіант такої норми, який потребує додаткових доопрацювань і доповнень, що й буде зроблено автором статті у подальшому.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Vallikivi H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia / H. Vallikivi // *Juridica International*. — 2002. — VII. — P. 28–38.
2. Wildhaber L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // *Heidelberg Journal of International Law*. — 1988. — Vol. 48. — P. 163–207.
3. Пархоменко Н. М. Гармонізація законодавства України з європейським та міжнародним правом: методи, етапи, види / Н. М. Пархоменко // *Часопис Київського університету права*. — 2012. — № 1. — С. 338–342.
4. Шокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія / Ю. В. Шокін. — Харків : Право, 2012. — 456 с.
5. Шокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: сучасні проблеми, теорія і практика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.11 / Шокін Юрій Вадимович. — Харків, 2016. — 422 с.
6. Лукашук И. И. Конституции государств и международное право / И. И. Лукашук. — М. : Спарк, 1998. — 124 с.

7. *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment of 12 October 1984. I.C.J. Reports, 1984. P. 246.
8. *Щекин Ю. В.* Политический взгляд на правовую природу международно-правовых обычаев / Ю. В. Щекин // Проблемы законности : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Харків : Національна юридична академія України, 2005. — Вип. 71. — С. 173–181.
9. *Щокін Ю. В.* Загальні принципи права: проблеми тлумачення п. 1 (с) статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН / Ю. В. Щокін // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. — 2009. — № 872. — Вип. № 6. — С. 175–179. — (Серія: Право).
10. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Merits, Judgment of 12 April 1960. I.C.J. Reports 1960. P. 6.
11. *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962. I.C.J. Reports 1962. P. 6.
12. *Щекин Ю. В.* Особенности формирования двусторонних международно-правовых обычаев / Ю. В. Щекин // Проблемы законности : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Харків : Національна юридична академія України, 2007. — Вип. 87. — С. 147–156.
13. *Щекин Ю. В.* Изменение норм международных договоров международно-правовыми обычаями / Ю. В. Щекин // Проблемы законности : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. — Харків : Національна юридична академія України, 2007. — Вип. 89. — С. 186–194.

#### REFERENCES

1. Vallikivi H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia, *Juridica International*, 2002, no. VII, pp. 28–38.
2. Wildhaber L., Breitenmoser S. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law*, 1988, vol. 48, pp. 163–207.
3. Parkhomenko N. M. Harmonizatsiia zakonodavstva Ukrainy z ievropeiskym ta mizhnarodnym pravom: metody, etapy, vydy [Harmonization of the legislation of Ukraine with the European and international law: methods, stages, types], *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, 2012, no. 1, pp. 338–342.
4. Shchokin Iu. V. Mizhnarodno-pravovyi zvychai: problemy teorii i praktyky [International legal custom: problems of the theory and practice], Kharkiv: Pravo, 2012, 456 p.
5. Shchokin Yu. V. Mizhnarodno-pravovyi zvychai: suchasni problemy, teoriia i praktyka [International legal custom: modern problems, theory and practice], Kharkiv, 2016, 422 p.
6. Lukashuk I. I. Konstitutsii gosudarstv i mezhdunarodnoe pravo [Constitutions of the states and international law], Moskva: Spark, 1998, 124 p.
7. *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment of 12 October 1984, I.C.J. Reports, 1984.
8. Shchokin Yu. V. Politicheskiy vzglyad na pravovuyu prirodu mezhdunarodno-pravovykh obychaev [Political view on the legal nature of international legal customs], *Problemy zakonnosti*, Kharkiv, 2005, Issue 71, pp. 173–181.
9. Shchokin Yu. V. Zahalni pryntsyipy prava: problemy tлумачення п. 1 (s) statti 38 Statutu Mizhnarodnoho sudu OON [General principles of the right: problems of interpretation of item 1 (c) article 38 of the Statute of the International Court of Justice of the UN], *Visnyk Kharkivskoho natsionalnogo universytetu im. V. N. Karazina*, 2009, № 872, Issue 6, pp. 175–179.
10. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Merits, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports, 1960.
11. *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports, 1962.
12. Shchokin Yu. V. Osobennosti formirovaniya dvustoronnikh mezhdunarodno-pravovykh obychaev [Features of formation bilateral international legal customs], *Problemy zakonnosti*, Kharkiv, 2007, Issue 87, pp. 147–156.
13. Shchokin Yu. V. Zmnenie norm mezhdunarodnykh dogovorov mezhdunarodno-pravovymi obychaiami [Change of standards of international treaties international legal customs], *Problemy zakonnosti*, Kharkiv, 2007, Issue 89, pp. 186–194.

#### **Щокін Ю. Конституційна норма щодо міжнародно-правових звичаїв: обґрунтування доцільності і змісту**

**Анотація.** У статті наведена аргументація автора стосовно необхідності включення до Конституції України окремої норми щодо міжнародно-правових звичаїв. Обґрунтовується низка ключових положень, які, на думку автора, повинна містити відповідна норма. У висновках пропонується проект норми щодо міжнародно-правових звичаїв, який може стати відправною точкою для подальших наукових досліджень.

**Ключові слова:** Конституція України, міжнародно-правовий звичай, основні принципи і норми міжнародного права, локальні звичаї.



**Щекин Ю. Конституционная норма относительно международно-правовых обычаев: обоснование целесообразности и содержания**

**Аннотация.** В статье представлена аргументация автора относительно необходимости включения в Конституцию Украины отдельной нормы, касающейся международно-правовых обычаев. Обосновывается ряд ключевых положений, которые, по мнению автора, должна содержать соответствующая норма. В выводах предлагается проект нормы, посвященной международно-правовым обычаям, который мог бы стать отправной точкой для дальнейших научных исследований.

**Ключевые слова:** Конституция Украины, международно-правовой обычай, основные принципы и нормы международного права, локальные обычаи.

**Shchokin Yu. Constitutional Norm Regarding to International Law Customs: Justification of the Feasibility and Content**

**Annotation.** The article presents the author's arguments about the necessity of including to the Constitution certain provisions related to international law customs. The author proves a number of key provisions which, in his opinion, must contain the relevant provision. In conclusion, draft of the norm on the international law customs is proposed, which could become a starting point for further scientific researches.

**Key words:** Constitution of Ukraine, international law customs, the basic principles and norms of international law, local customs.

## ВИСНОВКИ І РЕКОМЕНДАЦІЇ З НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДИСКУСІЇ

Національна правова доктрина щодо теорії джерел права у своєму розвитку пройшла декілька етапів і сьогодні має загалом цілісний вигляд. Вона відображає сутність та зміст джерел права, які пов'язані з такими категоріями, як правова форма, форма права, правова система і система права, яка співвідноситься із системою джерел права. Згідно з класифікацією система джерел права розгортається у ряд: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент, правовий звичай, правова доктрина, загальні принципи права. Крім того, зміст теорії джерел права утворюють знання, отримані в результаті визначення методології дослідження джерел права, їх аналіз у світлі концепцій праворозуміння та з'ясування функцій джерел права.

Новітній етап української державності ставить нові виклики перед юридичною наукою щодо виявлення найоптимальніших шляхів удосконалення правового регулювання суспільних відносин з урахуванням загальноєвропейських цінностей та європейських стандартів. Зокрема, це передбачає активізацію наукового пошуку в напрямках: вдосконалення вже існуючої системи джерел права шляхом внесення змін і доповнень, розробки та прийняття якісно нових правових актів; розробки методологічних засад утвердження судового прецеденту в системі джерел права України та встановлення функціональних зв'язків з іншими джерелами права; підвищення якості нормопроектної діяльності; удосконалення понятійно-категоріального апарату теорії джерел права як основи для удосконалення галузевого національного законодавства; кристалізації галузей законодавства навколо галузевих законодавчих актів первинних галузей (цивіль-

ного, кримінального, господарського — матеріальних і процесуальних) та новітніх похідних (зокрема, податкового й антикорупційного); систематизації адміністративної галузі законодавства; приведення значної кількості нормативно-правових актів України у відповідність до права Європейського Союзу (далі — ЄС); зростання ролі судової практики як потенційно забезпечувального джерела права; перегляду галузевих нормативних центрів таких галузей законодавства, як трудове, земельне, медичне та ін.

Систему джерел права доцільно розглядати як сукупність всіх форм юридичного закріплення та організаційного забезпечення інформації про загальнообов'язкові правила поведінки (юридичні норми) у сукупності їх взаємозв'язків (генетичних, структурних і функціональних), через які об'єктивуються нормативні приписи галузі права, нормативні складові національної або регіональної (наднаціональної) правової системи чи міжнародного правопорядку, контроль за якими здійснюється судовими органами з урахуванням змісту основоположних принципів права.

У межах юридичної футурології можливий такий прогноз розвитку системи джерел права на найближчі десятиліття: посилення інтеграції підсистем джерел права завдяки зменшенню ролі нормативно-правових актів і передусім за рахунок судових прецедентів та міжнародно-правових актів; зростання ролі правової доктрини як інструмента уточнення змісту чинних джерел права або обґрунтування необхідних змін правового матеріалу у зв'язку з тенденцією до підвищення стабільності підсистеми нормативно-правових актів; зростання ролі актів «м'якого права» внаслідок зменшення катего-

ричності правових вимог та посилення ефективності рекомендаційних норм як засобу поступового наближення до бажаного формату правового регулювання; зростання ролі типових електронних договорів.

Розвиток галузевого законодавства залежить насамперед від ефективності джерел конституційного права. Тенденції розвитку теорії та практики сучасного конституціоналізму й конституційного права дозволяють:

по-перше, обґрунтувати особливості конституційно-правової природи джерел конституційного права як активів публічно-владного волевиявлення Українського народу, Української держави, територіальних громад, а також інших суб'єктів конституційного правотворення (кратологічні параметри конституційної нормотворчості);

по-друге, ідентифікувати місце джерел конституційного права у правовій системі суспільства (конститутивні параметри конституційної нормотворчості);

по-третє, стверджувати, що за своїм змістом джерела конституційного права є нормативною моделлю суб'єктно-об'єктних і функціональних характеристик суспільства й держави, в основі яких мають бути їх історичні, національно-культурні, соціально-економічні та інші особливості (онтологічні й функціонально-телеологічні параметри конституційної нормотворчості);

по-четверте, розкрити конституційно-правову природу історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей і традицій Українського народу, вітчизняного державотворення та правотворення, показати їх функціонально-телеологічну роль і системоформуюче значення у процесі розробки, прийняття та реалізації джерел конституційного права, виявити діалектичний взаємозв'язок цих особливостей і традицій та новаторства у конституційній нормотворчості Українського народу,

Української держави, територіальних громад, а також інших суб'єктів конституційного правотворення (аксіологічні параметри конституційної нормотворчості);

по-п'яте, зрозуміти сутність джерел конституційного права як активів нормативно-процесуально-процедурного характеру, які містять правове обґрунтування, норми, правила та процедури взаємодії між людиною і державою, органами та посадовими особами публічної влади, політичними й громадськими об'єднаннями, етнопонаціональними, мовними та іншими меншинами, мають сприяти процесу формування та консолідації української нації, функціонування Українського народу — громадян України всіх національностей (процесуальні параметри конституційної нормотворчості);

по-шосте, визначити джерела конституційного права як правові акти, що містять в юридичній формі характеристику закономірностей розвитку української суверенної державності на основі здійсненого українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення з метою забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя, піклування про зміцнення громадянської злагоди на землі України тощо (вітальні параметри конституційної нормотворчості).

Сучасне вчення про джерела права України характеризує тенденція до розширеного розуміння нормативності джерела цивільного права, яке полягає в закріпленні нових правил поведінки, юридично обов'язкових для невизначеного або індивідуально визначеного кола учасників.

Джерело цивільного права являє собою об'єктивовану форму вираження і закріплення цивільно-правових норм загальної та індивідуальної дії (у визначених законом випадках) шляхом державного (зовнішнього) та внутрішнього (саморегулювання) регулювання учасниками своїх цивільних відносин.

Систему джерел цивільного права становлять первинні (законодавство, нормативно-правовий договір, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства) і похідні джерела цивільного права (судові прецеденти (національних і міжнародних судів) і джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками — цивільно-правовий договір та односторонній правочин у визначених законом випадках, локальний цивільно-правовий акт (стапути, регламенти тощо)).

Трудове право як одна з провідних галузей у системі національного права покликане відігравати визначальну роль у житті суспільства, в соціальних перетвореннях, які відбуваються в Україні. Це можливо за умови докорінного переосмислення сутності джерел трудового права і перебудови на цій основі системи законодавства про працю. Реформування останнього має бути спрямовано на приведення його у відповідність до Конституції України з урахуванням загально-визнаних принципів і норм міжнародного права, а також нових соціально-економічних реалій, за яких функціонує сучасний ринок праці.

Нині у науці адміністративного права України дискусійним залишається визначення поняття джерел адміністративного права, їх розподіл на групи та види; сутність і зміст системи джерел адміністративного права; проблеми та перспективи подальшого розвитку. Сучасна система джерел адміністративного права змінює свою цільову орієнтацію й відповідно до цього оновлює свою структуру. Саме системний аналіз дозволяє з'ясувати реальний ресурс як кожного джерела адміністративного права (самостійного елементу системи), так і всієї системи джерел адміністративного права.

Для кримінально-правового регулювання також важливим є з'ясування змісту поняття і видів джерел кримі-

нального права. У юридичному (формальному) значенні під джерелами кримінального права варто розуміти нормативно-правові акти, прийняті у встановленій юридичній процедурі і формі, та які містять кримінально-правові норми — первинні й основоположні одиниці кримінального права, що забороняють під загрозою застосування покарання чи інших заходів кримінально-правового характеру певний вид (тип) суспільно небезпечної поведінки особи (суб'єкта злочину) — дію чи бездіяльність — і визначають їх як злочин. Ці нормативно-правові акти регулюють кримінально-правові відносини в державі і на цій підставі відносяться до сфери (галузі) кримінального права. У вказаних нормативно-правових актах (джерелах) кримінально-правові норми можуть встановлюватися, змінюватися чи скасовуватися. Тому вони виконують двояку і надзвичайно важливу функцію: 1) функцію юридичного джерела кримінального права і 2) функцію форми права, тобто відіграють роль юридичної форми існування і вираження (функціонування) норм кримінального права. Всі джерела кримінального права доцільно поділяти на дві групи: основні і субсидіарні. До основних відносяться Конституція України, рішення Конституційного Суду України щодо неконституційності норм кримінального права, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, закони про кримінальну відповідальність, визначальним і базовим серед яких є Кримінальний кодекс України. Субсидіарні джерела не містять норм кримінального права як таких, а є нормативно-правовими актами іншої галузевої приналежності. Зокрема, це нормативно-правові акти — закони та підзаконні акти — правила, положення, інструкції, устави тощо, що належать до сфери так званих регулятивних галузей права: цивільного, госпо-

дарського, екологічного, трудового тощо, а в деяких випадках і до сфери публічних галузей: адміністративного, фінансового права та ін. Норми чи елементи цих актів включаються до змісту закону про кримінальну відповідальність як додаткові (бланкетні диспозиції), підпорядковуються йому та виконують у кримінально-правовому регулюванні специфічні допоміжну й конкретизуючу функції. Не можуть визнаватися джерелами кримінального права інтерпретаційні акти, в яких надається тлумачення кримінально-правових норм та акти застосування останніх.

На сучасному етапі українського державотворення визнання на рівні Конституції України і застосування міжнародно-правових звичаїв у внутрішньому праві значно сприятиме гармонізації норм європейського, міжнародного права і національного права України, яка має особливу значущість та актуальність, оскільки з цим процесом пов'язане не лише створення правової бази для майбутнього вступу до

ЄС, а й досягнення інших важливих для нашої держави цілей.

Інтеграція України до європейської спільноти вкрай актуалізує вивчення системи джерел права ЄС. Форми закріплення норм права Євросоюзу є визначальним чинником розвитку європейського інтеграційного об'єднання та мають характерні особливості, акумулюючи в собі елементи джерел міжнародного та внутрішнього права.

*Acquis* ЄС є комплексом «твердого» та «м'якого» права Євросоюзу, включаючи його основні принципи, доктрини та цінності. Отже, наповнення системи джерел права Євросоюзу є багатомірним за зміст поняття *acquis*, яке, крім джерел права ЄС, включає в себе ще й сукупність правових актів необов'язкового характеру, доктрину, рішення Суду ЄС, рекомендації та домовленості, які виникли за час існування європейських інтеграційних об'єднань і повинні беззастережно сприйматися державами-членами та третіми країнами, що мають договірні відносини з Євросоюзом.

**NON BIS IN IDEM —  
ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ОРІЄНТИР  
ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОСТІ ТА ЄДНОСТІ  
СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНИМ СУДОМ  
(за матеріалами практики  
Європейського суду з прав людини)**



**О. ДРОЗДОВ**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального процесу  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого,  
голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної  
комісії адвокатури,  
перший проректор Вищої школи адвокатури

**П**раво не бути притягненим до суду або покараним двічі за одне й те саме діяння (*non bis in idem*) закріплено в ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — ЄКПЛ, Конвенція): «1. Нікого не може бути вдруге притягнуто до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави. 2. Положення попереднього пункту не перешкоджають відновленню провадження у справі згідно із законом та кримінальною процедурою відповідної держави за наявності нових або нововиявлених фактів чи в разі виявлення суттєвих недоліків

у попередньому судовому розгляді, які могли вплинути на результати розгляду справи. 3. Жодних відступів від положень цієї статті не допускається на підставі статті 15 Конвенції» [1].

Крім того, принцип «*non bis in idem*» знайшов своє широке закріплення у низці інших міжнародних документів, зокрема у такому фундаментальному міжнародному акті у сфері прав людини, як Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (далі — Пакт) [2]. Так, у п. 7 ст. 14 Пакту зазначається, що ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до закону і кримінально-процесуального права кожної країни. Це право також закріплено у Конституції України. У статті 61 йдеться про те, що

ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення [3].

Таким чином, принцип «*non bis in idem*», який по своїй суті є одним із найдавніших принципів західної цивілізації, корені якого сягають часів Стародавнього Риму, і дотепер загалом не змінив своїх смислу та значення, отримав широке визнання як на внутрішньодержавному (наприклад, у галузях кримінального, кримінального процесуального та адміністративного права), так і міжнародному рівнях.

Проте сьогодні національні суди не надто часто застосовують ст. 4 Протоколу № 7. Так, за даними Єдиного державного реєстру судових рішень (далі – ЄДРСР) з 2007 по 2017 роки національні суди у 77 своїх рішеннях зверталися до положень ст. 4 Протоколу № 7, з них апеляційні інстанції – 20 разів, касаційні інстанції – двічі, обидва рази у 2016 р. під час кримінального провадження. Не вдаючись до аналізу питання правильності застосування національними судами наведених положень Протоколу № 7, оскільки це може бути предметом окремого наукового дослідження, проте з метою формування, так би мовити, надійного орієнтира для забезпечення сталості і єдності судової практики, передусім Верховним Судом, вважаємо за доцільне зупинитися на ключових аспектах застосування ст. 4 Протоколу № 7 Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд).

Так, ЄСПЛ у своїх рішеннях зазначає, що правова кваліфікація процедури згідно з національним правом не може бути єдиним значущим критерієм для застосування принципу «*non bis in idem*» відповідно до ст. 4 Протоколу № 7. У протилежному випадку застосування цього положення було б залишено на розсуд Договірних Держав такою мірою, що це могло б призвести до результатів, несумісних із предметом і цілями ЄКПЛ. Наприклад,

у справі «*Сторбротен (Storbråten) проти Норвегії*» у зв'язку з невдалим досвідом ведення заявниками підприємницької діяльності вони були дискваліфіковані на два роки із заборобою на засновництво ними компаній з обмеженою відповідальністю або обіймання керівних посад у подібних компаніях. Накази були видані відповідно до законодавства про банкрутство на тій підставі, що заявники були нездатні до такої діяльності, при наявності вагомих причин підозрювати їх у вчиненні злочинів, пов'язаних з їх неспроможністю. Згодом обидва заявника засудили за злочини, пов'язані з банкрутством. Їх звернення до Верховного суду з посиланнями на те, що наказ про дискваліфікацію з наступним судовим переслідуванням за ті ж дії порушує принцип неприпустимості повторної судимості, були відхилені. Скарга ЄСПЛ визнана неприйнятною відповідно до ст. 4 (1) Протоколу № 7: мета цього положення полягає в попередженні відновлення кримінального провадження, яке завершилося остаточним рішенням. До заявників були застосовані два різні заходи у відокремлених і послідовних судових розглядах, а саме: наказ про дискваліфікацію відповідно до законодавства про банкрутство і переслідування відповідно до Кримінального кодексу. Незаперечним є те, що принаймні деякі дії заявників давали підстави для застосування обох заходів. Оскільки ЄСПЛ був задоволений тим, що перше рішення було «остаточним», слід було з'ясувати, чи було воно «кримінальним» у значенні ст. 4 (1) Протоколу № 7, витлумачене в світлі загальних принципів розуміння понять «кримінальне обвинувачення» у ст. 6 і «покарання» у ст. 7 ЄКПЛ. Значущими факторами у цьому випадку були: правова класифікація злочину в національному законодавстві, характер правопорушення, національна правова характеристика заходу, його мета, природа і ступінь суворості, чи застосо-

увувався захід після засудження у межах кримінальної справи, які процедури були проведені для його прийняття і виконання. Спираючись на ці критерії, Суд зазначив про таке.

*Правова класифікація правопорушення і заходи відповідно до національного законодавства:* процес, що завершився наказом про дискваліфікацію, мав цивільний характер. Правопорушення, яке могло спричинити наказ про дискваліфікацію, і сам наказ були класифіковані як цивільні згідно з законодавством країни.

*Щодо характеру правопорушення.* Накази про дискваліфікацію було видано відповідно до законодавства про банкрутство: перший — у зв'язку з непридатністю для обіймання керівної посади через «некоректну підприємницьку поведінку», другий — у зв'язку з вагомими підставами для підозр у скоєнні злочинів, пов'язаних із фінансовою неспроможністю. До початку розгляду не заперечувався той факт, що перша підстава мала цивільну й адміністративно-нормативну природу. Таким чином, питання виникло тільки відносно другої підстави. Треба було робити лише обґрунтовані приводи для підозр, а не встановлення винуватості, що, в свою чергу, стосується першої підстави про придатність. На практиці обидві підстави часто вживалися спільно. У будь-якому випадку, наказ про дискваліфікацію міг бути виданий, тільки якщо це було виправдано поведінкою боржника й обставинами загалом. Відповідно, умова про «вагомні підстави для підозри» не позбавляла наказу про дискваліфікацію його виключно нормативного характеру.

*Щодо мети, характеру і ступеня суворості.* Основна мета наказу про дискваліфікацію мала попереджувальний характер і полягала в захисті акціонерів, кредиторів і суспільства загалом від можливих втрат і нераціонального використання ресурсів у разі, якщо безвідповідальній і нечесній особі буде

дозволено діяти під прикриттям компанії з обмеженою відповідальністю. Таким чином, наказ відіграв допоміжну роль стосовно кримінального переслідування і подальшого засудження. *Що стосується характеру і ступеня суворості застосованого заходу,* наказ про дискваліфікацію являв собою заборону на засновництво або керівництво новоствореним товариством з обмеженою відповідальністю протягом фіксованого періоду часу, але не повну заборону на участь у підприємницькій діяльності. Тому характер санкції не дозволяє віднести справу до «кримінальної» сфери. Отже, ґрунтуючись на цих критеріях і зазначаючи, що обидва види санкцій (дискваліфікація і кримінальне переслідування) мали різні цілі і не збігалися в основних пунктах, ЄСПЛ дійшов висновку, що дискваліфікація не мала «кримінального» характеру в межах ст. 4 Протоколу № 7, а тому заява явно не обґрунтована [4].

У свою чергу, поняття «кримінальна процедура», що міститься у тексті ст. 4 Протоколу № 7, повинна тлумачитися у світлі загальних принципів, які стосуються відповідних понять «кримінальне обвинувачення» і «покарання» у статтях 6 і 7 ЄКПЛ відповідно («*Хаарвіг проти Норвегії*», 2007 р.; «*Розенквіст проти Швеції*», 2004 р.; «*Манассон проти Швеції*», 2003 р.; «*Гектан проти Франції*», 2002 р.; «*Маліж проти Франції*», 1998 р.; «*Нільссон проти Швеції*», 2005 р. та ін.).

При застосуванні ст. 4 Протоколу № 7 важливим є те, що відповідно до усталеної прецедентної практики ЄСПЛ існують три критерія, широко відомі як «критерії Енгеля» [5], які повинні враховуватися при визначенні того, було чи не було у справі висунуте «кримінальне обвинувачення». Першим критерієм є правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права, другим — сам характер правопорушення, а третім — ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до



винної особи. Другий і третій критерії є альтернативними і не повинні обов'язково застосовуватися у сукупності. Це, однак, не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремих аналіз кожного критерію не дозволяє зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення [6; 7].

ЄСПЛ зазначає, що практика застосування ним ст. 4 Протоколу № 7 є непослідовною та в деяких випадках навіть суперечливою. Також у практиці Суду дія принципу «*non bis in idem*» поширюються лише на кримінально-правову сферу, межі якої суд розуміє значно ширше, ніж національні юрисдикції держав – членів Ради Європи. ЄСПЛ відносить до кримінально-правових й окремі види адміністративних правопорушень. Так, у рішенні у справі «*Gradinger проти Австрії*» Суд сформулював критерії оцінки двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, а й, що головніше, змісту та мети правопорушень. На підставі цього ЄСПЛ визнав таким, що порушує ст. 4 Протоколу № 7, стягнення із заявника адміністративного штрафу за керування транспортом у стані сп'яніння, оскільки раніше він вже був засуджений за це саме діяння як за злочин (ЄСПЛ розцінив адміністративне правопорушення і злочин як одне і те саме діяння) [8].

Ще одним прикладом є рішення у справі «*Oliveira проти Швейцарії*». Пані Олівейра, керуючи автомобілем, неправильно розрахувала швидкість з огляду на погодні умови, внаслідок чого її автомобіль виїхав на смугу зустрічного руху, де зіштовхнувся з іншим автомобілем, водій якого в результаті зіткнення отримав серйозні тілесні ушкодження. Спочатку її визнали винною в адміністративному правопорушенні, згодом — у кримінальному. Цюріхський окружний суд (*Bezirksgericht*) у рішенні зазначає, що

принцип «*non bis in idem*» притягнення до адміністративної відповідальності виключає можливість подальшого кримінального переслідування особи, проте, оскільки ретельне розслідування показало, що ті самі факти становлять більш серйозне, кримінально-каране порушення, то перше рішення і покарання повинні бути скасовані. Розмір штрафу в другому процесі був зменшений з урахуванням вже сплаченої суми стягнення на підставі першого рішення. ЄСПЛ за цією справою дійшов висновку, що це типовий приклад, коли одне діяння становить два окремих правопорушення. У таких випадках, на думку ЄСПЛ, як правило, більше покарання поглинає менше [9].

У справі «*Ponsetti та Chesnel проти Франції*» ЄСПЛ визнав, що навмисне неподання декларації про доходи як фінансове правопорушення та кримінально-каране ухилення від сплати податків не суперечить принципу «*non bis in idem*», роз'яснивши, що це різні правопорушення. Так, на підставі ст. 1728 Загального Податкового кодексу (*General Tax Code*) на заявника були накладені фінансові санкції у вигляді збільшення належних до сплати сум податків за рахунок штрафу та пені. ЄСПЛ неодноразово наголошував, що той факт, що одне діяння становить два правопорушення, не суперечить ст. 4 Протоколу № 7, тобто поняття ідеальної сукупності порушень кримінально-правового характеру цілком узгоджується із принципом «*non bis in idem*». По суті, ЄСПЛ проводить розмежування складів злочинів, а в деяких випадках і відмежування від інших видів правопорушень (див. серед інших також рішення ЄСПЛ у справах від 20 травня 2014 р. «*Гланц (Glantz) проти Фінляндії*», «*Häkka проти Фінляндії*», від 20 травня 2014 р. «*Nykänen проти Фінляндії*» та «*Pirttimäki проти Фінляндії*», від 10 грудня 2015 р. «*Kiiveri проти Фінляндії*» та «*Österlund проти Фінляндії*») [10].

Яскравим прикладом такого розмежування є справа «Сергій Золотухін проти Росії». Так, у січні 2002 р. заявник був затриманий за те, що привів свою подругу до розташування військового гарнізону без належного дозволу, та був доставлений до поліційного відділку. Згідно з рапортом поліції заявник, який перебував у нетверезому стані, вів себе нахабно, вживав непристойні вислови та намагався втекти. Того самого дня рішенням районного суду заявника було визнано винним у нанесенні образ посадовій особі та порушенні громадського порядку недовзі після його доставки до поліційного відділку. Його було засуджено до трьох діб арешту за «незначні порушення громадського порядку» на підставі ст. 158 Кодексу про адміністративні правопорушення (далі — КпАП). Згодом проти заявника було порушено кримінальне переслідування стосовно тих самих подій. Його було звинувачено в «порушенні громадського порядку», яке карається ст. 213 Кримінального кодексу (далі — КК), за нанесення образ працівникам поліції та порушення громадського порядку з моменту його доставки до поліційного відділку. Крім того, на підставі ст. 319 КК його було звинувачено в нанесенні образ посадовій особі за лайку на адресу майора, який складав рапорт про адміністративне правопорушення, та, на підставі ст. 318 КК, у погрозах застосування насильства до посадової особи під час його перевезення автомобілем до районного управління поліції. У грудні 2002 р. той самий районний суд визнав заявника винним у правопорушеннях, що караються статтями 318 та 319 КК, водночас звільнивши від відповідальності за правопорушення, передбачені у ст. 213 КК на тій підставі, що провину не було доведено згідно з критерієм достатності доказів.

Слід звернути увагу й на рішення від 7 червня 2007 р., у якому палата ЄСПЛ одноголосно дійшла висновку, що мало

місце порушення ст. 4 Протоколу № 7. На прохання уряду справу було направлено на розгляд Великої Палати ЄСПЛ. Щодо наявності «звинувачення в кримінальній справі» в сенсі цього правового положення, Велика Палата, як і палата, вважає, що процедура, яку від початку було застосовано до заявника, хоча й кваліфікується як адміністративна у внутрішньому праві, мусить розглядатись як кримінальна з точки зору природи правопорушення, що визначається як «незначні порушення громадського порядку», та серйозності застосованого покарання. З питання ідентичності правопорушень Суд у минулому застосовував різні підходи, які робили наголос або на ідентичності фактів, незалежно від їх правової кваліфікації; або на правовій кваліфікації, ґрунтуючись на принципі, що ті самі факти можуть кваліфікуватись як різні правопорушення; або на пошуку суттєвих ознак, які є спільними для двох правопорушень. Вважаючи, що така різноманітність у підходах є джерелом правової невизначеності, яка є несумісною із основоположним правом, що гарантується у ст. 4 Протоколу № 7, ЄСПЛ вирішив зробити уточнення стосовно того, яке поняття необхідно вкладати у вислів «те саме правопорушення» у сенсі Конвенції. Проаналізувавши розуміння, в якому право не бути судимим та покараним двічі подається в інших міжнародних інструментах, таких як Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, прийнятий Організацією Об'єднаних Націй (далі — ООН), Хартія основних прав Європейського Союзу (далі — ЄС) та Американська конвенція про права людини, ЄСПЛ вважає, що ст. 4 Протоколу № 7 мусить сприйматись у тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що «по суті» є такими ж, як і ті, по яких мало місце перше правопорушення.

Ця гарантія вступає в дію, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набуло законної сили. У цій конкретній справі жодних питань не виникає з точки зору ст. 4 Протоколу № 7 стосовно переслідувань, які було розпочато на підставі статей 318 та 319 КК, оскільки звинувачення по факту поведінки заявника відносно майора були висунуті в перший та єдиний раз у межах кримінальної процедури. Втім, інакшою є ситуація із фактами порушення громадського порядку, за які заявник був спочатку засуджений у межах адміністративної процедури на підставі ст. 158 КпАП, а згодом зазнав переслідувань за ст. 213 КК. Суд вважає, що факти, які лежать у витоках адміністративної та кримінальної процедур, які було порушено проти заявника, відрізняються лише одним елементом, а саме погрозою насильства на адресу поліцейського, а отже, мусять розглядатись як ідентичні по суті. Стосовно того, чи мало місце повторне переслідування, Суд, як і палата, вважає, що засудження до трьох діб арешту в межах «адміністративної» процедури має розглядатись як остаточне рішення. Крім того, він зазначає про той факт, що заявник був звільнений від відповідальності в межах кримінальної процедури, не змінює нічого в його твердженнях про те, що він зазнав подвійного переслідування за одне й те саме правопорушення. Суд наголошує, що ст. 4 Протоколу № 7 містить у собі три окремі гарантії та передбачає, що ніхто не може: 1) зазнавати переслідувань; 2) бути судимим; 3) бути покараним двічі по тих самих фактах. З другого боку, звільнення від відповідальності не звільнило заявника від статусу жертви, оскільки воно ґрунтувалося лише на недостатності доказів звинувачення. Нічого не вказує на те, що російські владні органи визнали на тій чи іншій стадії процедури, що принцип «non bis in idem» було порушено.

У підсумку Суд вважає, що переслідування, які було розпочато проти заявника на підставі ч. 2 ст. 213 КК стосувалися переважно того ж правопорушення, за яке заявник вже був засуджений остаточним рішенням на підставі ст. 158 КпАП [11].

До речі, у рішенні у справі «Іванов проти України» заявник, окрім іншого, скаржився на те, що його було визнано винним в адміністративному порушенні, а потім висунуто кримінальне обвинувачення в цьому ж злочині. Суд зазначає, як це випливає з матеріалів справи, навіть якщо адміністративні і кримінальні провадження відносяться до дій заявника одного й того ж дня, вони стосуються різних подій, а саме нецензурних висловлювань і спричинення тілесних ушкоджень. Таким чином, ця скарга ЄСПЛ визнана явно необґрунтованою, і була відхилена відповідно до пунктів 3 і 4 ст. 35 ЄКПЛ (пункти 98–99) [12].

Натомість у справі «Marguš проти Хорватії» щодо засудження за військові злочини солдата, якого раніше було амністовано, ЄСПЛ встановив, що ст. 4 Протоколу № 7 не застосовується. Так, заявника — члена хорватської армії було звинувачено у вбивстві та інших тяжких злочинах, скоєних у 1991 р. під час війни в Хорватії. Деякі обвинувачення згодом було знято. У 1997 р. суд першої інстанції під головуванням судді М. К. закриття провадження щодо решти обвинувачень згідно з Законом «Про загальну амністію», яким надавалася амністія за всі злочини, скоєні у зв'язку з війною в Хорватії у період з 1990 по 1996 рр., за винятком діянь, які становили найсерйозніші порушення гуманітарного права або військові злочини. У 2007 р. Верховний суд, розглянувши подане державним прокурором клопотання про захист законності, визнав рішення про закриття провадження стосовно заявника таким, що порушило Закон «Про загальну амністію». Зокрема, він зазначив, що

заявник скоїв інкриміновані злочини як член резервних сил після того, як закінчилося його чергування, а тому жодного значущого зв'язку між інкримінованими злочинами і війною, як це вимагав Закон, не було. Паралельно заявника було засуджено за обвинуваченням у військових злочинах у другому кримінальному провадженні. Це провадження велося колегією у складі трьох суддів, до якої увійшов і суддя М. К. Під час заключних дебатів заявника було видалено із зали судового засідання після того, як було двічі попереджено у зв'язку з тим, що він перебивав заступника державного прокурора. Його адвокат залишався у залі судового засідання і представив його заключні доводи. Суд визнав заявника винним у військових злочинах і засудив до позбавлення волі строком на 14 років. При розгляді апеляції Верховний суд залишив у силі вирок з трьох причин: по-перше, два судові провадження не були однією й тією ж справою, а тому суддя М. К. міг брати участь в обох провадженнях; по-друге, видалення заявника із зали судового засідання було виправдане; по-третє, вирішення справи не мало преюдиціальної сили, оскільки фактичні обставини злочинів у другому провадженні були значно ширшими за своїми межами, ніж фактичні обставини в першому провадженні, беручи до уваги те, що заявник був звинувачений у порушенні міжнародного права, зокрема Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни 1949 р. Заявник подав конституційну скаргу, яку зрештою було відхилено. Крім іншого, заявник скаржився на порушення свого права не бути засудженим двічі. Суд визнав, що в обох провадженнях заявник обвинувачувався у тих самих злочинах. Однак існували дві різні ситуації щодо обвинувачень, висунутих у першому провадженні: прокурор зняв обвинувачення щодо двох інкримінованих вбивств, а провадження щодо двох

інших інкримінованих вбивств і обвинувачення у тяжкому пораненні було припинене ухвалою окружного суду, винесеною на підставі Закону «Про загальну амністію». Щодо звинувачень, які були зняті прокурором у першому провадженні, Суд вкотре повторив, що припинення кримінальної справи прокурором не становить ані засудження, ані виправдання, а тому ст. 4 Протоколу № 7 не застосовується. Тому ЄСПЛ у цьому аспекті дійшов одноголосного висновку щодо неприйнятності скарги.

Що ж стосується припинення першого провадження на підставі Закону «Про загальну амністію», Суд зазначив, що заявника було неправильно амністовано за діяння, які становили серйозні порушення основних прав людини, захищених статтями 2 і 3 ЄКПЛ. Держави зобов'язані переслідувати такі діяння, як катування і навмисні вбивства. Крім того, в міжнародному праві існує зростаюча тенденція вважати неприпустимими амністування за серйозні порушення прав людини. На підтримку цього спостереження Суд послався на декілька міжнародних органів, судів і конвенцій, у тому числі на Комітет ООН з прав людини, Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії і Міжамериканський суд з прав людини. Крім того, навіть якщо й припустити, що амністування можливе за таких особливих обставин, як процес примирення, та/або за наявності певної форми компенсації для жертв, амністія, застосована до заявника в цій справі, все одно була б непринятною, оскільки жодних ознак того, що такі обставини мали місце в його справі, не було. Таким чином, новий обвинувальний висновок проти заявника за військові злочини в другому провадженні відповідав вимогам статей 2 і 3 ЄКПЛ, а тому ст. 4 Протоколу № 7 не була застосовна [13].

Рішення ЄСПЛ у справі «Паксас (*Paksas*) проти Литви» також характе-

ризує сферу застосування ст. 4 Протоколу № 7. Заявник був колишнім президентом Республіки, якого було усунуто шляхом процедури парламентського імпічменту за істотне порушення Конституції. Конституційний суд встановив, що заявник, при виконанні свого президентського мандату, незаконно і в своїх особистих інтересах надав дозвіл на одержання литовського громадянства російському підприємцю, видав йому державну таємницю, і використав свій статус для того, щоб чинити недобросовісний вплив на приватне підприємство на користь своїх родичів. Проти нього також було відкрите кримінальне провадження за звинуваченням у розголошенні інформації, класифікованої як державна таємниця, але у підсумку він був виправданий. Заявник стверджував, *inter alia*, що початок процедури імпічменту після відкриття кримінального провадження проти нього відповідав притягненню до суду двічі за один і той самий злочин. Відповідно до ст. 35 «Умови прийнятності» ЄКПЛ Суд оголосив цю частину скарги неприйнятною як несумісну *ratione materiae* з положеннями Конвенції. Суд зазначив, зокрема, що перше провадження у Конституційному суді стосувалося дотримання Конституції і відповідного закону в силу його президентських повноважень, а у другому провадженні намагалися з'ясувати, чи скоїв він грубі порушення Конституції або чи порушено ним конституційну присягу. На думку Суду, провадження, про які йдеться, не стосувалися «визначення його прав та обов'язків цивільного характеру» або «кримінального обвинувачення», висунутого проти нього за змістом ст. 6 § 1 «Право на справедливий суд» ЄКПЛ; він також не був «засудженим» або «притягненим до відповідальності або покаранням <...> у кримінальному провадженні» за змістом ст. 4 § 1 Протоколу № 7 [14].

Практичний інтерес становить і рішення ЄСПЛ у справі «Курдов і Іванов проти Болгарії». У 1995 р., у той час як заявники працювали в болгарській національній залізничній компанії, вони повинні були зробити деякі зварювання на фурі. Під час виконання цього завдання вміст вагона спалахнув. Проти першого заявника було розпочато адміністративне провадження за недотримання правил техніки безпеки, і він був змушений сплатити 150 болгарських левів. Згодом проти обох заявників було розпочато кримінальне провадження за навмисне підпалювання цінних предметів з 1998 до 2004 року. Перший заявник скаржився, зокрема, на порушення принципу «*non bis in idem*» стосовно нього. Натомість Суд встановив відсутність порушення ст. 4 Протоколу № 7. У цій справі ЄСПЛ зазначив, зокрема, що адміністративне провадження проти першого заявника, яке закінчилося штрафом у 150 болгарських левів, не відповідало критеріям для того, щоб бути класифікованим як кримінальне обвинувачення. Відповідно, відкриття кримінального провадження проти того ж заявника після призначення цього штрафу не порушило принцип «*non bis in idem*» [15].

У свою чергу, справа «А. і В. проти Норвегії» стосувалася двох платників податків, які стверджували, що вони були притягнені до відповідальності і покарані двічі — в адміністративному і кримінальному провадженні — за один і той самий злочин. Заявники стверджували, зокрема, що їх допитав державний обвинувач як обвинувачених осіб і потім вони були обвинувачені за обвинувальним актом, на них були накладені податкові санкції фіскальними органами, які вони сплатили, і згодом вони були визнані винними і засуджені в кримінальному провадженні. У цій справі Велика палата ЄСПЛ встановила відсутність порушення ст. 4 Протоколу № 7. У принципі, стосовно питання, чи було перше провадження

«кримінальним» Велика палата зазначила, що рішення у справі С. Золотухіна не було однозначним із цього питання. У зв'язку з цим необхідно припустити, що Суд зробив свідомий вибір у цьому рішенні обрати «критерії Енгеля» як типове випробування для визначення того, чи були провадження, про які йдеться, «кримінальними» для цілей ст. 4 Протоколу № 7. Велика палата ЄСПЛ не вважала обґрунтованим відступати від цього аналізу в зазначеній справі, оскільки в ній були дійсно вагомі міркування, які підштовхнули до такого вибору. У зв'язку з цим Велика палата зазначила, що принцип «*non bis in idem*» здебільшого стосується належного процесу, який є об'єктом ст. 6 ЄКПЛ, і менш пов'язаний із сутністю кримінального права ніж ст. 7 «Ніякого покарання без закону» Конвенції. Палата встановила, що для узгодженості тлумачення ЄКПЛ загалом та для застосування принципу зокрема доцільніше керуватися тими самими більш точними критеріями як і в справі Енгель. У ній Велика палата розглянула питання, чи провадження, пов'язані з накладенням на заявників 30 % податкових штрафів, могли розглядатись як «кримінальні» для цілей ст. 4 Протоколу № 7 на підставі «критеріїв Енгеля». У зв'язку з цим Палата зазначила, що у справах стосовно Швеції Суд постановив, що провадження, про яке йдеться, було «кримінальним» не лише для цілей ст. 6 ЄКПЛ, а й для цілей ст. 4 Протоколу № 7. У цьому контексті Велика палата не знайшла підстав для сумнівів у висновку, зробленому Верховним судом Норвегії стосовно того, що провадження, в якому на першого заявника була накладена звичайна податкова санкція — на рівні 30 %, — стосувалося «кримінальної» справи в автономному значенні ст. 4 Протоколу № 7 [16].

Водночас слід мати на увазі, що ст. 4 Протоколу № 7 стосується лише судів однієї і тієї самої держави. Так, у справі «*Бохейм (Boheim) проти Італії*» заяв-

ник стверджував, що він був двічі притягнений до суду за ті самі факти судом Німеччини і судом Італії. Він скаржився на порушення принципу «*non bis in idem*». Натомість ЄСПЛ визнав цю частину заяви неприйнятною як явно необґрунтовану. Суд повторив, зокрема, що ст. 4 Протоколу № 7 застосовується лише до судів в одній державі. У цій справі кримінальне провадження проти заявника було відкрите владою двох різних країн, а саме Італії та Німеччини [17].

Справа «*Трабелсі (Trabelsi) проти Бельгії*» стосувалася екстрадиції громадянина Тунісу з Бельгії до США, де він повинен був постати перед судом за обвинуваченням у вчиненні злочинів терористичного характеру, за які його могло бути покарано максимальним покаранням у вигляді довічного ув'язнення. Заявник стверджував, *inter alia*, що його екстрадиція порушила ст. 4 Протоколу № 7. У цьому рішенні Суд повторив своє прецедентне право в тому, що ст. 4 Протоколу № 7 не забезпечує принцип «*non bis in idem*» стосовно судового переслідування і засудження у різних державах. Суд визнав скаргу заявника в аспекті ст. 4 Протоколу № 7 неприйнятною відповідно до ст. 35 ЄКПЛ (див., серед інших, рішення у справах від 16 січня 1995 р. «*Джестра (Gestra) проти Італії*», від 11 липня 2002 р. «*Амроллахі (Amrollahi) проти Данії*» та 12 грудня 2012 р. «*Сарріа (Sarria) проти Польщі*») [18].

В аспекті визначення терміна «*bis*» актуальним є рішення у справі «*Лакі Дев (Lucky Dev) проти Швеції*». Так, у 2004 р. податкові органи відкрили провадження проти заявника стосовно її податкової декларації на прибуток і податок на додану вартість за 2002 р., зобов'язавши її сплатити додатковий податок і збори. Заявник також була притягнена до відповідальності за порушення ведення бухгалтерського обліку та податкові правопорушення, які впливали з одного набору подат-

кових декларацій. Незважаючи на те, що вона була визнана винною в порушеннях ведення бухгалтерського обліку, її визнали невинуватою в податкових правопорушеннях. Податкові провадження тривали ще протягом дев'яти з половиною місяців після того, як її виправдання стало остаточним. Заявник скаржилася на те, що вона була притягнена до відповідальності і покарана двічі за один і той самий злочин. Суд постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7, виявивши, що заявник була знову притягнена до відповідальності за скоєння податкового правопорушення, за яке вона вже була остаточно виправдана, оскільки податкове провадження проти неї не було припинене і додатковий податок не був скасований навіть тоді, коли кримінальне провадження проти неї стосовно пов'язаного податкового правопорушення стало остаточним [19].

Справа «*Sismanidic (Sismanidis) i Cimaridic (Sitaridis) проти Греції*» стосувалася відкриття провадження проти кожного з заявників за контрабанду незважаючи на те, що суди за результатами кримінального провадження вже остаточно виправдали їх за один і той самий злочин. Заявники скаржилися, зокрема, що, не врахувавши їх виправдання кримінальними судами, адміністративні суди порушили принцип «*non bis in idem*», відповідно до якого особа, яка була законно виправдана, не могла бути притягнена до відповідальності знову за той самий злочин. ЄСПЛ зазначив, що другий заявник не подавав скаргу на порушення ст. 4 Протоколу № 7 в національних судах, принаймні по суті. Оскільки це стосувалося його, ця скарга повинна була бути відхилена на підставі невичерпання національних засобів судового захисту. Стосовно першого заявника Суд дійшов висновку, що як тільки його виправдання у першому кримінальному провадженні стало остаточним у 1997 р., його необхідно було розгля-

дати як таку особу, яка «вже була остаточно виправдана» за змістом ст. 4 Протоколу № 7. У його справі Суд постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7, виявивши, що адміністративне провадження, про яке йдеться, стосувалося іншого злочину, який виник за дії, схожі до дій, які обумовили остаточне виправдання (див., серед інших, рішення ЄСПЛ у справі від 30 квітня 2015 р. «*Kapetanios та інші проти Греції*») [20].

У справі «*R. T. проти Швейцарії*» заявник скаржився, зокрема, на те, що він був покараний двічі в двох окремих провадженнях за керування автомобілем у стані алкогольного сп'яніння. Таким чином, він спочатку був визнаний винним і засуджений районним судом, а потім Управління дорожнього руху позбавило його водійських прав. ЄСПЛ визнав заяву неприйнятною як явно необґрунтовану. Він зазначив, зокрема, що влада Швейцарії лише визначила три різних санкції, передбачені законом за вчинення такого правопорушення, як керування автомобілем у стані алкогольного сп'яніння, а саме вирок до тюремного ув'язнення, штраф і вилучення посвідчення на право водіння автомобілем. Санкції були призначені одночасно двома різними органами влади, тобто адміністративними органами й органами кримінального переслідування. Таким чином, неможливо було стверджувати, що в справі заявника кримінальне провадження повторювалося у порушення ст. 4 Протоколу № 7 (див. також рішення ЄСПЛ у справах від 17 лютого 2015 р. «*Вотан проти Фінляндії*» та від 4 жовтня 2016 р. «*Rivard проти Швейцарії*») [21].

Схожою з попередньою є справа «*Франц Фішер (Franz Fischer) проти Австрії*». У цій справі заявник завдав ушкоджень, несумісних із життям, велосипедисту під час керування автомобілем у стані алкогольного сп'яніння. Окружний адміністративний орган

влади наклав штраф стосовно декількох порушень правил дорожнього руху, зокрема керування транспортним засобом у стані алкогольного сп'яніння. Згодом обласний суд визнав заявника винним у спричиненні смерті за необережності з обтяжуючою обставиною, а саме перебування особи у стані алкогольного сп'яніння. Суд засудив його до 6 місяців тюремного ув'язнення. ЄСПЛ у своєму рішенні у цій справі повторив, що сам факт, що одна дія становить більш ніж одне правопорушення, не суперечить ст. 4 Протоколу № 7. Проте є справи, у яких на перший погляд здається, що дія становить більше ніж один злочин, але під час ретельнішого дослідження виявляється, що в судовому порядку повинне переслідуватись лише одне правопорушення, оскільки воно містить у собі всю шкоду, яка є і в інших правопорушеннях. Таким чином, якщо різні злочини, засновані на одній дії, переслідуються у судовому порядку послідовно, Суд повинен розглянути, чи такі злочини мають той самий елемент злочину. Питання стосовно того, чи був порушений принцип *«non bis in idem»*, стосується зв'язку між цими двома правопорушеннями, про які йдеться, та не залежить від послідовності, в якій проводяться відповідні провадження. У цій справі Суд зазначив, що заявник був притягнений до відповідальності і покараний двічі на підставі однієї дії, оскільки адміністративне правопорушення — керування автомобілем у стані алкогольного сп'яніння — та особливі обставини, застосовані відповідно до КК, не відрізняються складом злочину. Крім того, Суд не був переконаний у тому, що справа була вирішена шляхом скорочення терміну тюремного ув'язнення на один місяць, оскільки скорочення терміну не може змінити той факт, що заявник був двічі притягнений до відповідальності по суті за той самий злочин, а також той факт, що обидва засудження залишилися у силі.

Таким чином, ЄСПЛ постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7 щодо заявника (див. рішення ЄСПЛ у справах від 8 квітня 2003 р. *«Манассон (Manasson) проти Швеції»*, від 2 вересня 2004 р. *«Бакмаєр (Bachmaier) проти Австрії»*, від 14 вересня 2004 р. *«Росенквест (Rosenquist) проти Швеції»*, від 19 жовтня 2006 р. *«Asci проти Австрії»*, від 7 грудня 2006 р. *«Hauser-Sporn проти Австрії»*, від 26 липня 2007 р. *«Шамт (Schutte) проти Австрії»*, від 13 грудня 2005 р. *«Нільссон (Nilsson) проти Швеції»* та від 4 березня 2008 р. *«Гаремма (Garretta) проти Франції»*) [22].

У справі *«Гьоктан (Göktan) проти Франції»* заявник був затриманий співробітниками поліції і митниці з наркотичними засобами. Він був визнаний винним у скоєнні злочину — контрабанда наркотиків — відповідно до загального кримінального права, та засуджений до п'яти років тюремного ув'язнення, а також засуджений за порушення митних правил — незаконний імпорт товарів, за яке йому було призначено митний штраф. Було ухвалене рішення про його ув'язнення на два роки за несплату митного штрафу, термін ув'язнення встановлений відповідно до закону. Заявник відбув покарання, але залишався під вартою протягом ще двох років, доки було забезпечене виконання наказу про його ув'язнення за порушення зобов'язання. Він стверджував, що забезпечення виконання тюремного ув'язнення за порушені зобов'язання під час тюремного ув'язнення відповідало призначенню двох послідовних термінів тюремного ув'язнення за ті самі злочини. ЄСПЛ встановив відсутність порушення ст. 4 Протоколу № 7 у справі заявника. Суд врахував, що ув'язнення заявника за порушення зобов'язання сплати митного штрафу не є примусовим заходом, а покаранням для цілей ст. 4 Протоколу 7. Суд дійшов висновку, що заяв-



ник був покараний відповідно до кримінального права щодо забезпечення виконання ув'язнення за порушення зобов'язання, у той час як він вже отримав покарання до тюремного ув'язнення за торгівлю наркотиками, а також митний штраф за незаконний імпорту товарів. Необхідно визнати, що ст. 4 Протоколу № 7 передбачає: ніхто не повинен бути притягнений до відповідальності або покараний двічі за один і той самий злочин. Проте Суд дійшов висновку, що в цій справі існувала понятійна множинність злочинів, адже одна кримінальна дія може поділятися на два окремі злочини: загальний кримінальний вчинок і порушення митних правил [23].

Натомість у рішенні у справі *«Рутсалайнен проти Фінляндії»* ЄСПЛ ухвалив, що було порушено ст. 4 Протоколу № 7 стосовно факту покарання заявника за вчинення дорожнього правопорушення. Так, у січні 2001 р. п. Рутсалайнена затримала поліція і встановила, що його автомобіль був заправлений паливом, яке не відповідає стандартам (замість дизельного палива заявник використовував паливо нижчої вартості). Проти п. Рутсалайнена було розпочато коротке кримінальне провадження. За його підсумками заявника було визнано винним та зобов'язано сплатити штраф у розмірі 720 фінських марок (приблизно 120 євро). У рішенні суду вказувалося на зізнання заявника у тому, що він самостійно заправляв автомобіль, а це, на думку суду, свідчило про прямий умисел заявника на вчинення правопорушення. Заявник не оскаржив цього рішення, відтак у березні 2001 р. воно набуло сили. У вересні 2001 р. проти заявника було порушено адміністративне провадження. За його підсумками суд одночасно визнав п. Рутсалайнена винним у використанні пального нижчої вартості та у тому, що він заздалегідь не повідомив Автомобільну податкову адміністрацію про викорис-

тання такого пального. Отож, заявника було зобов'язано сплатити штраф у розмірі трикратної різниці між вартістю пального, яким він мав би заправити свій автомобіль, та пального, яким він самостійно заправив цей автомобіль. Відтак сума штрафу сягнула 90 тис. фінських марок (понад 15 тис. євро). Заявник оскаржив останнє рішення, проте національні суди відмовилися його скасувати та зменшити величину стягнення. Спираючись на ст. 4 Протоколу № 7, заявник скаржився на те, що його було покарано двічі за одне й те саме дорожнє правопорушення. ЄСПЛ нагадав, що ціль ч. 1 ст. 4 Протоколу № 7 полягала у забороні повторення кримінального провадження, котре було вже завершено ухваленням остаточного рішення. Суд вирішив, що обидві застосовані до заявника санкції були кримінальними за своєю природою. Перше провадження було «кримінальним» відповідно до внутрішньо-національної класифікації, а друге — хоч і було класифіковане у національній правовій системі як адміністративне (фіскальне), за своїм значенням, на думку Суду, було кримінальним, адже не було просто компенсаційним, а втричі перевищувало обсяг заподіяної заявником шкоди. Тому друге покарання за своєю суттю мало як каральну мету, так і мету попередження вчинення правопорушення у майбутньому, тобто йому були притаманні типові риси кримінального покарання. Більше того, в обох випадках предметом судового розгляду були однакові обставини (використання заявником палива нижчої вартості). Єдина відмінність стосовно фактичного підґрунтя згаданих проваджень полягала у вказівці судом у першому випадку на умисел заявника щодо вчинення правопорушення. Проте загалом підставою для покарання заявника і першого, і другого разу були ті самі обставини. Суд наголосив, що у другому провадженні не виявилось жодних

нових обставин чи виправлень недоліків першого процесу, про що йдеться у ч. 2 ст. 4 Протоколу № 7. Тому ЄСПЛ постановив про порушення ст. 4 Протоколу № 7 [24].

У свою чергу, справа «*Цоньо Цонев (Tsonyo Tsonev) проти Болгарії (№ 2)*» стосувалася, зокрема, скарги заявника на те, що основний елемент звинувачень, висунутих проти нього за порушення громадського порядку — після інциденту, в якому він зламав двері квартири і побив мешканця цієї квартири — були практично такими ж, як і той елемент звинувачень, за який він був вже оштрафований в адміністративному провадженні. ЄСПЛ зазначив, що заявник був оштрафований у провадженні, яке розглядалося відповідно до національного законодавства як адміністративне, а не кримінальне. Проте правопорушення, за яке був оштрафований заявник, підпадало під сферу, захищену кримінальним правом, з урахуванням того, що мало характерні особливості, які можливо віднести до кримінальних злочинів, оскільки його метою є покарання і стримування соціально неприйнятної поведінки. Крім того, Суд зазначив, що одні і ті самі факти — проникнення у квартиру і побиття особи — перебували, так би мовити, у центрі обох штрафів і звинувачень, висунутих стороною обвинувачення. Оскільки штраф не був оскаржений, він став остаточним. Національні суди не припинили кримінальні провадження з урахуванням того, що Верховний суд послідовно постановив, що кримінальне провадження може бути відкрите проти осіб, які вже були покарані в адміністративному провадженні. Відповідно, Суд постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7, встановивши, що заявник був засуджений — окремо в адміністративному і кримінальному провадженні — за ту саму поведінку, ті самі факти і той самий злочин [25].

У справі «*Томасовіч (Tomasović) проти Хорватії*» заявниця скаржилася на те, що вона була притягнена до суду двічі за зберігання героїну, зокрема, як за незначний злочин, у березні 2006 р., а потім як за кримінальний злочин, у березні 2007 р. ЄСПЛ постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7, виявивши, що заявницю переслідували в судовому порядку і вона була притягнена до відповідальності вдруге за злочин, за який вже була засуджена. Суд зазначив, зокрема, стосовно незначного злочину заявник була визнана винною у зберіганні 0,21 г героїну 15 березня 2004 р. близько 10:35. Стосовно провадження за звинуваченням, вона була визнана винною у зберіганні 0,14 г героїну 15 березня 2004 р. близько 10:35. Суд не міг не дійти висновку, що факти, які становлять незначний злочин, за який була засуджена заявник, були по суті такими самими як факти, що становлять кримінальний злочин, за який вона була також визнана винною [26].

Ще одним прикладом порушення принцип у «*non bis in idem*» є рішення ЄСПЛ у справі «*Хмель проти Росії*». Так, доставлений до відділку поліції за підозрою у керуванні автомобілем у стані алкогольного сп'яніння заявник — член регіонального парламенту відмовився назвати своє ім'я, поведився некеровано і не виходив із приміщення, коли його просили зробити це. Проти нього було розпочато адміністративне провадження і він був визнаний винним у скоєнні різних правопорушень, зокрема у відмові пройти тест на вміст алкоголю, і незначне порушення громадського порядку. Йому був призначений штраф у розмірі 1 500 російських рублів (далі — руб.). Згодом він також був визнаний винним у кримінальному провадженні за погрози й образи державного чиновника того дня, коли був доставлений до відділку поліції, і йому був призначений штраф у розмірі 7 500 руб. Рішення в адміні-

стративній та кримінальній справі проти нього були підтверджені в апеляційному порядку. Заявник скаржився, зокрема, що відкриття адміністративного і кримінального проваджень проти нього становило подвійну підсудність. Отже, у цій справі ЄСПЛ, відповідно, повинен був розглянути три питання: чи було перше провадження «кримінальним» по своїй природі; чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одним і тим самим діянням (*idem*), та чи відбулося дублювання проваджень (*bis*). За результатами розгляду справи ЄСПЛ постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7. Суд встановив, що заявник був засуджений за «систематичну відмову підкорятися наказам поліції» і «незначне порушення громадського порядку» в адміністративному провадженні, яке повинне було бути прирівняне до «кримінального провадження» у межах автономного значення цього терміна відповідно до ЄКПЛ. Після того, як його засудження стало остаточним, проти нього були висунуті обвинувачення у скоєнні кримінального злочину, які стосувалися того самого набору фактичних обставин справи, та він був засуджений знову в наступному провадженні [27].

Деяко схожою з попередньою справою є справа «Ігоря Тарасова проти України». Ця справа стосувалася адміністративного і кримінального провадження, порушеного проти заявника після бійки в місцевому барі. Заявник скаржився, зокрема, на те, що він був притягнений до суду і покараний двічі за один і той самий злочин. Оцінку наведеними обставинам ЄСПЛ надав за вже ustalеним алгоритмом: а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (*idem*); с) чи було дублювання проваджень (*bis*). Щодо першого критерію ЄСПЛ зазначив, що юридична кваліфікація

процедури згідно з національним законодавством не може бути єдиним критерієм для застосування принципу «*non bis in idem*» за п. 1 ст. 4 Протоколу № 7. В іншому випадку застосування цього положення було б залишено на розсуд Договірних Сторін, що призвело б до наслідків, не сумісних із предметом та метою ЄКПЛ. Поняття «кримінальна процедура» у тексті ст. 4 Протоколу № 7 повинно тлумачитися з огляду на загальні принципи, що стосуються відповідних слів «кримінальне обвинувачення» та «покарання» у статтях 6 та 7 Конвенції (див. рішення у справі від 20 травня 2014 р. «*Нікаанен проти Фінляндії*», з подальшими посиланнями). Суд зазначив, що за відповідне адміністративне правопорушення передбачено застосування стягнення у вигляді адміністративного арешту на строк до 15 діб. Зважаючи на характер та суворість покарання, Суд вважав, що це провадження у розумінні ст. 6 ЄКПЛ було кримінальним (див. рішення у справах від 15 листопада 2007 р. «*Галстян (Galstyan) проти Вірменії*» (пункти 58–60) та від 9 червня 2011 р. «*Лучанінова проти України*» (п. 39)). Відповідно, воно підпадало під визначення «кримінальної процедури» у розумінні ст. 4 Протоколу № 7. Щодо другого критерію ЄСПЛ послався на справу С. Золотухіна, у якій він вже розглядав існуючі підходи до тлумачення принципу «*non bis in idem*» та дійшов висновку, що ст. 4 Протоколу № 7 слід розуміти як заборону кримінального переслідування або судового розгляду у справі щодо другого «правопорушення», якщо вони випливають з ідентичних, або по суті одних і тих самих фактів (п. 82). Отже, важливо було зосередитися на тих фактах справи, які становлять сукупність конкретних фактичних обставин стосовно одного й того ж обвинуваченого, та нерозривно пов'язані між собою у часі та просторі, існування яких мало бути доведено з метою засудження або пору-

шення кримінальної справи (п. 84). Повертаючись до справи І. Тарасова, Суд зазначив, що обидва провадження на національному рівні стосувалися поведінки заявника в одному й тому ж місці в один і той же проміжок часу. Фактами, що стали підставою для першого притягнення до відповідальності за «дрібне хуліганство», були: а) використання нецензурної лексики щодо працівників бару; б) захоплення та розмахування дерев'яною ніжкою від стільця; в) погроза застосування фізичного насильства; г) ігнорування зауважень на свою адресу. Друге засудження за «хуліганство» розкрило нові відповідні факти, про які не згадувалося у першому випадку: завдання тілесних ушкоджень працівникам бару та заподіяння майнової шкоди власнику бару. Суд зазначає, що ці нові елементи також були складовими тієї ж безперервної поведінки, яку лише частково було охарактеризовано під час першого засудження. Зокрема, як вбачається з другого засудження, заявник не тільки «схопив» дерев'яну ніжку від стільця та «розмахував» нею, а й використав цей предмет для завдання працівникам бару певних тілесних ушкоджень та заподіяння майнової шкоди власнику бару. Отже, перше засудження стосувалося деяких дій заявника, вчинених у межах більш широкого безперервного діяння, охопленого тим самим злочинним наміром заявника. Таке виокремлення дій із більш широкого контексту вбачається невиправданим, особливо, коли заявника з бару забрали працівники міліції, які мали можливість на місці злочину належним чином та негайно оцінити обставини справи. Щодо інших фактичних складових, які були використані для першого засудження, Суд зазначає, що друге притягнення заявника до відповідальності також стосувалося використання ним нецензурної лексики, яке було складовою злочинної поведінки заявника у другій справі. На підтвердження своїх висновків

щодо фактів суд навіть твердження потерпілих, які вказували на те, що заявник погрожував застосуванням фізичного насильства, а Б. намагався його заспокоїти. Це відповідає тим частинам фактів, які було використано для першого притягнення до відповідальності. Отже, ЄСПЛ дійшов висновку, що факти, які двічі призвели до притягнення заявника до відповідальності, були нерозривно пов'язані між собою, та що оцінка національних судів другого провадження по суті стосувалася тих самих фактів, які досліджувалися і в першому провадженні. Аналізуючи третій критерій у цій справі, ЄСПЛ зауважив, що мета ст. 4 Протоколу № 7 полягає у забороні повторення проваджень, рішення за результатами яких «набрали законної сили». У розумінні цього положення рішення «набирає законної сили», якщо воно набрало сили *res judicata*. Так відбувається, коли рішення набирає законної сили, тобто коли відсутні жодні додаткові звичайні засоби юридичного захисту, або коли сторони такі засоби вичерпали чи допустили сплив строків використання цих засобів, так і не скориставшись ними. Важливо вказати на те, що ст. 4 Протоколу № 7 не виключає відновлення провадження, про що прямо зазначено у п. 2 ст. 4 Протоколу № 7. У цій справі перше провадження завершилося 28 січня 2002 р., коли районний суд визнав заявника винним у вчиненні дрібного хуліганства. Зазначене рішення не підлягало оскарженню та набрало законної сили. Друге провадження було розпочато 29 січня 2002 р. та завершено 27 січня 2005 р., інакше кажучи, вже після набрання рішенням за результатами першого провадження законної сили. Варто зазначити, що районний суд не дійшов висновку про те, що друге провадження суперечило принципу «*non bis in idem*», відхиливши доводи заявника на тій підставі, що перша справа стосувалася іншого виду

відповідальності. Такий висновок відповідав чинним процесуальним нормам національного законодавства, які не передбачали підстав для закриття кримінальної справи у випадку, якщо мало місце попереднє притягнення до відповідальності за, по суті, аналогічне адміністративне правопорушення. Проте, відповідно до положень ЄКПЛ, обидва провадження були кримінальними з огляду на наведені вище підстави, і з цього випливає, що національні органи влади продублювали кримінальні провадження, які стосувалися одних і тих самих фактів, у порушення принципу «*non bis in idem*». Отже, ЄСПЛ постановив, що було порушення ст. 4 Протоколу № 7 [28].

У серпні 2004 р. Суд з розгляду незначних правопорушень визнав заявника у справі «*Муслія (Muslija) проти Боснії та Герцеговини*» винним у порушенні громадського спокою, встановивши, що близько 6:40 12 лютого 2003 р. він увійшов у квартиру його колишньої дружини, вдарив її по обличчю і кулаком в тіло. Йому був призначений штраф у розмірі 150 конвертовних марок (ВМ). У січні 2008 р. міський суд визнав заявника винним у нанесенні тяжких тілесних ушкоджень, встановивши, що близько 7:00 12 лютого 2003 р. він увійшов у квартиру його колишньої дружини, схопив її за горло і вдарив її кілька разів. Він отримав вирок до тюремного ув'язнення, який пізніше був змінений на штраф у розмірі 9 000 ВМ. Заявник безуспішно апелював до Конституційного суду стосовно його двох засуджень. Він скаржився на те, що був притягнений до суду і покараний двічі щодо одного і того ж інциденту. ЄСПЛ постановив, що мало місце порушення ст. 4 Протоколу № 7. Суд встановив, що заявник був «засуджений» у провадженні за незначне порушення, яке повинне було бути прирівняне до «кримінального провадження» у межах автономного значення цього терміна

в ЄКПЛ. Після того, як це «засудження» стало остаточним, він був визнаний винним у вчиненні кримінального злочину, пов'язаного з тією ж самою поведінкою, за яку був покараний у провадженні за незначне порушення, і яке охоплювало, по суті, одні й ті ж факти. Конституційний суд не застосовував принципи, встановлені в справі С. Золотухіна (*voir ci-dessus*), а отже, не виправив ситуацію заявника. Таким чином, Суд визнав, що провадження, відкрите проти заявника відповідно до Кримінального кодексу 1998 р., стосувалося, по суті, такого самого злочину, за який він вже був засуджений остаточним рішенням відповідно до Закону про охорону громадського порядку від 2000 р. (див. також рішення ЄСПЛ у справі від 1 березня 2016 р. «*Міленкович (Milenković) проти Сербії*») [29].

Великою палатою ЄСПЛ було також розглянуто і справу «*Гранде Стівенс (Grande Stevens) і інші проти Італії*». Заявниками у ній були дві компанії та їхній голова разом з уповноваженим представником однієї з компаній, а також юрист, який консультував їх. Справа стосувалася апеляції проти адміністративного штрафу, накладеного на них італійськими компаніями і Комісією фондової біржі, обов'язками якої є, зокрема, захист інвесторів та забезпечення прозорості і розвитку фондових ринків («*Consob*»), та кримінального провадження, з яким вони зіткнулися після обвинувачення у маніпулюванні ринком у контексті фінансової операції за участю виробника автомобілів *FIAT*. Заявники скаржилися на те, що кримінальне провадження проти них було порушене у зв'язку з подіями, за які вони вже отримали адміністративне покарання. Уряд Італії стверджував, що Італія зробила заяву стосовно того, що статті 2 та 4 Протоколу № 7 застосовувалися лише щодо злочинів, проваджень і рішень, класифікованих як кримінальні відповідно до законодавства Італії, що

не було справою за злочини, передбачені *Consob*. Спочатку ЄСПЛ зазначив, що застереження, зроблені Італією, не містили «стислий виклад закону, про який йдеться», всупереч вимогам ст. 57 «Застереження» ЄКПЛ. Застереження, які не надають посилення або не зазначають ці певні положення національного правопорядку, який виключає злочин або процедури зі сфери дії ст. 4 Протоколу № 7, не забезпечують у достатньому обсязі гарантії того, що вони не виходять за межі явно виключеного положення у договірній державі. Отже, Суд дійшов висновку, що застереження, на які посилається Італія, не відповідали вимогам ст. 57 Конвенції і були, відповідно, недійсними. Стосовно сутності справи Суд дійшов висновку, відповідно до ст. 6 ЄКПЛ, що дійсно існували підстави вважати, що процедура в *Consob* стосувалася «кримінального обвинувачення». Так само рішення, прийняті *Consob* і частково зменшені апеляційним судом, стали остаточними в червні 2009 р., коли касаційний суд ухвалив своє рішення. Відповідно, необхідно було вважати, що заявники вже були засуджені на підставі остаточного рішення. Незважаючи на це, нові кримінальні провадження, відкриті проти них тим часом, продовжувалися та закінчилися рішеннями судів першої і другої інстанцій. Крім того, провадження у *Consob* і кримінальних судах стосувалися однієї поведінки одних і тих самих осіб в один і той самий час. З цього випливає, що нове провадження стосовно другого «злочину» виникло з ідентичних подій, які були предметом першого й остаточного засудження, що саме по собі становило порушення ст. 4 Протоколу № 7. Тому Італія повинна була гарантувати, що нові кримінальні провадження, відкриті проти заявників у порушення цього положення, і які все ще очікували рішення суду відповідно до найновішої отриманої інформації проти третього і п'ятого

заявників, були закриті якнайшвидше і без негативних наслідків для заявників [30].

Питання дотримання вимог ст. 4 Протоколу № 7 під час судового провадження у порядку нагляду були предметом розгляду ЄСПЛ у справі «*Hikimін проти Росії*». Заявник — колишній офіцер військово-морського флоту приєднався до проекту в сфері навколишнього середовища норвезької неурядової організації для роботи над доповіддю під назвою «Російський Північний флот. Перелік основних джерел радіоактивного забруднення». Згодом проти нього було розпочато кримінальне провадження за підозрою в державній зраді. У грудні 1999 р. Санкт-Петербурзький міський суд виправдав заявника за усіма пунктами звинувачення, встановивши, що пред'явлене йому обвинувачення цілком базувалося на закритих і застосованих зі зворотною силою наказах та указах. Сторона обвинувачення оскаржила це рішення. У квітні 2000 р. Верховний суд Російської Федерації (далі — РФ) залишив у силі виправдувальний вирок. Він визнав обвинувачення, що ґрунтуються на закритих та застосованих зі зворотною силою законодавчих актах, суперечливими Конституції РФ. Таким чином, виправдувальний вирок набув законної сили. У травні 2000 р. Генеральний прокурор подав протест до Президії Верховного суду для розгляду справи в порядку нагляду. Президія відхилила цей протест і підтримала виправдувальний вердикт. Заявник стверджував, що перегляд у порядку нагляду, проведений після остаточного виправдання, являє собою порушення його права не притягуватися до суду повторно з метою здійснення кримінального провадження за правопорушення, щодо якого він вже був остаточно виправданий. Він стверджував, що, як мінімум, наражався на небезпеку бути судимим заново з тих самих підстав, оскільки сам факт при-

несення Генеральним прокурором РФ протесту про перегляд справи в порядку нагляду створює імовірність повторного звинувачення.

Повертаючись до принесення протесту про перегляд у порядку нагляду виправдувального вироку, який набув законної сили, прийнятого за обставин цієї справи, ЄСПЛ насамперед повинен встановити елементи, якщо такі є, ст. 4 Протоколу № 7, властиві такому судовому розгляду. З цією метою Суд приділив увагу таким аспектам: чи було судові рішення «остаточним» до принесення протесту; чи було наглядове провадження складовою звичайного судового розгляду і саме закінчувалося ухваленням остаточного судового рішення; чи було справу заявника «розглянуто заново» під час судового розгляду в Президії Верховного суду; чи піддавався заявник небезпеці «повторного кримінального переслідування» в силу самого принесення протесту Генеральним прокурором. Нарешті, ЄСПЛ розглянув і те, чи міг перегляд справи в порядку нагляду в цій справі в принципі привести до повторного кримінального переслідування у порушення гарантій, що надаються ст. 4 Протоколу № 7. ЄСПЛ зазначив, що у випадку ухвалення виправдувального вироку в провадженні в порядку нагляду, нове рішення могло стати «остаточним». Проте, з огляду на надзвичайний характер перегляду в порядку нагляду і проблеми правової визначеності, які могли викликати скасування судового рішення у таких провадженнях, Суд припустив, що рішення Верховного суду, яке підтверджує виправдання заявника, було «остаточним рішенням» для цілей цього положення.

У цій справі заявник не був «повторно притягнений до відповідальності» під час провадження у Президії, а також він «зобов'язаний бути притягненим до відповідальності знову», оскільки ці провадження були обмежені питанням

необхідності задовольнити протест про перегляд. Оскільки Президіум не був уповноваженим приймати нове рішення по суті, виявилось, що ймовірність відновлення судового провадження у цій справі була занадто віддаленою або непрямую для того, щоб складати «судове переслідування» за змістом цієї статті. Крім того, якщо б запит задовольнили і провадження у справі було відновлене, остаточним підсумком провадження у порядку нагляду було б скасування всіх попередніх рішень та ухвалення нового рішення щодо кримінального обвинувачення. У цьому випадку підсумок наглядового розгляду — той же, що і при відновленні судового розгляду (зокрема, в порядку провадження за нововиявленими обставинами), оскільки і перше, і друге є формами продовження раніше проведеного судового розгляду. Таким чином, ЄСПЛ дійшов висновку, що з метою *non bis in idem* наглядове судочинство може розглядатись як окремий вид поновлення судового розгляду, який підпадає під сферу застосування п. 2 ст. 4 Протоколу № 7. Довід заявника про те, що наглядове провадження не було необхідним і являло собою зловживання повноваженнями держави, не належить до питання дотримання ст. 4 Протоколу № 7. Адже те, яким чином здійснюються владні повноваження, відноситься до загальних питань справедливості кримінального переслідування і не може мати значення при визначенні того, що процедура є «відновленням» судового розгляду, а не «повторним судовим розглядом». Беручи до уваги факти цієї справи, судовий розгляд по розгляду протесту був лише спробою відновити судовий розгляд, а не провести «повторний судовий розгляд». Таким чином, Суд встановив відсутність порушення ст. 4 Протоколу № 7 (див. також рішення ЄСПЛ про прийнятність у справі від 9 березня 2006 р. «Братякін проти Росії») [31].

Практичний інтерес в аспекті застосування примусових заходів медичного характеру становить справа «Хорчаг (Horchag) проти Румунії». У цій справі заявник зізнався у вбивстві, скоєному холодною зброєю. Обвинувачення постановило, що не існувало підстав для притягнення його до кримінальної відповідальності, оскільки в психіатричних висновках було вказано, що заявник, який страждав від психічних розладів, скоїв вбивство в той час, коли у нього був такий психічний розлад, а тому він не міг бути притягнений до кримінальної відповідальності і не міг бути покараний за свої дії відповідно до кримінального законодавства. Як захід кримінально-правового характеру, обвинувачення призначило йому примусове лікування, доки він не видужає. Цей захід був підтверджений судом. Лікарі висловили сумніви щодо наявності у заявника хвороби, яка перешкоджає притягненню його до кримінальної відповідальності. Слідчі органи згодом призначили відновлення провадження з метою проведення наступних слідчих заходів. У двох колективних медичних висновках був зроблений висновок стосовно того, що вбивство було скоєне, коли була лише зменшена здатність заявника повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та/або керувати ними; стан здоров'я дозволяв його утримання у тюремному середовищі. У подальшому до заявника було застосоване кримінальне законодавство і він був визнаний винним та засуджений до тюремного ув'язнення. Заявник вважає, що він був притягнений до відповідальності і засуджений за той самий злочин. ЄСПЛ підтвердив, що принцип «*non bis in idem*» застосовувався лише після того, як особа була остаточно виправдана або засуджена відповідно до кримінального процесуального законодавства відповідної держави. У справі заявника Суд зазначив, що обвинувачення постановило, що не було справи, яку

необхідно було вирішити, але його рішення все ще могло бути скасоване вищестоящим органом влади, а тому не було остаточним. Суд схвалив попереднє психіатричне лікування заявника без ухвалення рішення щодо його кримінальної відповідальності. Тимчасовий медичний захід не виключав відновлення провадження. Отже, неможливо було стверджувати, що мало місце «виправдання» за змістом статті, про яку йдеться, а навпаки, превентивний захід, який не тягнув за собою будь-яку експертизу або висновки стосовно вини заявника. Підсумовуючи сказане, за відсутності остаточного рішення, яке безповоротно припиняє кримінальне провадження, їх відновлення відповідало лише продовженню початкового провадження. Таким чином, Суд постановив, що ст. 4 Протоколу № 7 не була застосовна у справі заявника і визнав скаргу неприйнятною як несумісну *ratione materiae* з ЄКПЛ [32].

Проаналізувавши практику ЄСПЛ, можна дійти висновку про міжгалузевий характер положень ст. 4 Протоколу № 7. Принцип «*non bis in idem*» застосовується, як правило, у кримінальному провадженні та провадженні щодо адміністративних правопорушень. При цьому, визначаючи сферу дії ст. 4 Протоколу № 7, слід керуватися трьома критеріями, широко відомими як «критерії Енгеля», які повинні враховуватися при визначенні того, було чи не було у справі висунуте «кримінальне обвинувачення». Першим критерієм є правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права, другим — сам характер правопорушення, а третім — ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до винної особи. Другий і третій критерії є альтернативними і не повинні обов'язково застосовуватися у сукупності. Це однак не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремий аналіз кожного критерію



не дозволяє зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення. Натомість оцінку відповідним обставинам справи ЄСПЛ надає за розробленим ним алгоритмом: а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (*idem*); с) чи було дублювання проваджень (*bis*). Очевидно, що Суд відносить до кримінально-правових й окремі види адміністративних правопорушень. ЄСПЛ сформулював критерії оцінки двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, а, що головніше, змісту та мети правопорушень. ЄСПЛ вважає, що вислів «одне й те саме правопорушення» за ст. 4 Протоколу № 7 мусить сприйматись у тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що «по суті» є такими ж, як і ті, по яких мало

місце перше правопорушення. Ця гарантія вступає в дію, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набрало законної сили. При цьому перше рішення повинно бути «остаточним» по своїй суті, а далі вже слід з'ясувати, чи було воно «кримінальним» у значенні ст. 4 (1) Протоколу № 7, витлумачене в світлі загальних принципів розуміння понять «кримінальне обвинувачення» у ст. 6 і «покарання» у ст. 7 ЄКПЛ. Значущими факторами у цьому випадку є: правова класифікація злочину в національному законодавстві, характер правопорушення, національна правова характеристика заходу, його мета, природа і ступінь суворості, чи застосовувався захід після засудження у межах кримінальної справи, які процедури були проведені для його прийняття і виконання. Важливим є й те, що положення ст. 4 Протоколу № 7 стосуються лише рішень судів однієї і тієї самої держави.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043/paqa0100#o100](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043/paqa0100#o100)
3. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
4. *Сторбротен* (Storbråten) проти Норвегії : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 1 лютого 2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. *Енгель* (Engel) та інші проти Нідерландів : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 8 червня 1976 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/%D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/CASE%20OF%20ENGEL%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20NETHERLANDS%20-%20\[Russian%20Translation\]%20\(2\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/%D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/CASE%20OF%20ENGEL%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20NETHERLANDS%20-%20[Russian%20Translation]%20(2).pdf)
6. *Юссіла* (JUSSILA) проти Фінляндії : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 23 листопада 2006 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Jussila\\_v\\_Finland\\_23\\_11\\_2006.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Jussila_v_Finland_23_11_2006.pdf)
7. *Case of Ezech and Connors v. The united kingdom* [Ukrainian Translation] summary by the Lviv Laboratory of Human Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125374>
8. *Case of «Grading v. Austria»*. Judgment. 23 Octobre 1995 (Application no. 15963/90) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57958>
9. *Case of «Oliveira v. Switzerland»*. Judgment. 30 July 1998 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58210>
10. *Case of «Ponsetti and Chesnel v. France»*. 14 September 1999 (decision on the admissibility) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-563>
11. *Case of «Sergey Zolotukhin v. Russia»* [Ukrainian Translation] summary by the COE Human Rights Trust Fund [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118519>

12. *Іванов проти України* : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 7 грудня 2006 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_136](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_136)
13. *Case of Margaš v. Croatia* [Ukrainian Translation] summary by the COE Human Rights Trust Fund [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150996>
14. *Case of Paksas v. Lithuania* [Ukrainian Translation] summary by the COE Human Rights Trust Fund [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118056>
15. *Case of «Kurdov and Ivanov v. Bulgaria»*. Judgment. 31 May 2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104953>
16. *Case of «A and B v. Norway»*. Judgment. 15 November 2016 (Application nos. 24130/11 and 29758/11) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>
17. *Case of «Böheim v. Italy»*. 22 May 2007 (decision on the admissibility) (Application no. 35666/05) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80969>
18. *Трабелці проти Бельгії* : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 4 вересня 2014 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153695>
19. *Case of «Lucky Dev v. Sweden»*. Judgment. 27 November 2014 (Application no. 7356/10) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148184>
20. *Case of «Sismanidis and Sitaridis v. Greece»*. Judgment. 9 June 2016 (Application nos. 66602/09 and 71879/12) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163949>
21. *Case of «R. T. v. Switzerland»*. Judgment. 30 May 2000 (Application no. 31982/96) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5334>
22. *Case of «Franz Fischer v. Austria»*. Judgment. 29 May 2001 (Application no. 37950/97) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=001-59475>
23. *Case of «Göktaş v. France»*. Judgment. 2 July 2002 (Application no. 33402/96) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60555>
24. *Case of Ruotsalainen v. Finland* [Ukrainian Translation] summary by the Lviv Laboratory of Human Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126150>
25. *Case of «Tsonyo Tsonov v. Bulgaria (no. 2)»*. Judgment. 14 January 2010 (Application no. 2376/03) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96671>
26. *Case of «Tomasović v. Croatia»*. Judgment. 18 October 2011 (Application no. 53785/09) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107047>
27. *Хмель против России* : решение Европейского суда по правам человека по делу от 12 декабря 2012 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [https://73.mvd.ru/upload/site74/document\\_file/Gm95UпоHxQ.pdf](https://73.mvd.ru/upload/site74/document_file/Gm95UпоHxQ.pdf)
28. *Ігор Тарасов проти України* : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 16 червня 2016 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_b63](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b63)
29. *Case of «Muslija v. Bosnia and Herzegovina»*. Judgment. 14 January 2014 (Application no. 32042/11) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-139988>
30. *Case of «Grande Stevens v. Italy»*. Judgment. 4 March 2014 (Application no. 18640/10) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>
31. *Case of «Nikitin v. Russia»* [Russian Translation] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109244>
32. *Case of «Horciag v. Romania»*. Judgment. 15 March 2005 (Application no. 70982/01) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-68815>

## REFERENCES

1. Konvencija pro zahyst prav ljudyny i osnovopolozhnyh svobod 1950 r. [Convention on human rights protection and fundamental freedoms of 1950]. Available at: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
2. Mizhnarodnyj pakt pro gromadjanski i politychni prava 1966 r. [International Covenant on Civil and Political Rights of 1966]. Available at: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043/parao100#o100](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043/parao100#o100)
3. Konstytucija Ukrainy vid 28 chervnja 1996 r. № 254k/96-VR [The constitution of Ukraine of June 28, 1996]. Available at: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
4. Storbroten (Storbråten) proty Norvegii: rishennja Jevropejskogo sudu z prav ljudyny u spravi vid 1 lju-togo 2007 r. [Storbråten vs Norway: the decision of the European Court of Human Rights on business of February 1, 2007]. Available at: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. Engel (Engel) ta inshi proty Niderladniv: rishennja Jevropejskogo sudu z prav ljudyny u spravi vid 8 chervnja 1976 r. [Engel and others vs Netherlands: the decision of the European Court of Human Rights on business of June 8, 1976]. Available at: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/%D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/CASE%20OF%20ENGEL%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20NETHERLANDS%20-%20\[Russian%20Translation\]%20\(2\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/%D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/CASE%20OF%20ENGEL%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20NETHERLANDS%20-%20[Russian%20Translation]%20(2).pdf)
6. Jussila (Jussila) proty Finlandii: rishennja Jevropejskogo sudu z prav ljudyny u spravi vid 23 lystopada 2006 r. [Jussila vs Finland: the decision of the European Court of Human Rights on business

- of November 23, 2006]. Available at: [http://europeancourt.ru/uploads/ECHR\\_Jussila\\_v\\_Finland\\_23\\_11\\_2006.pdf](http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Jussila_v_Finland_23_11_2006.pdf)
7. Case of Ezech and Connors v. The United Kingdom [Ukrainian Translation] summary by the Lviv Laboratory of Human Rights. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125374>
  8. Case of «Gradinger v. Austria». Judgment. 23 Octobre 1995 (Application no. 15963/90). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57958>
  9. Case of «Oliveira v. Switzerland». Judgment. 30 July 1998. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58210>
  10. Case of «Ponsetti and Chesnel v. France». 14 September 1999 (decision on the admissibility). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-563>
  11. Case of Sergey Zolotukhin V. Russia [Ukrainian Translation] summary by the COE Human Rights Trust Fund. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118519>
  12. Ivanov proty Ukrainy: rishennja Jevropejskogo sudu z prav ljudyny u spravi vid 7 grudnja 2006 r. [Ivanov vs Ukraine: decision of the European Court of Human rights of 7<sup>th</sup> December 2006]. Available at: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_136](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_136)
  13. Case of Marguš V. Croatia [Ukrainian Translation] summary by the COE Human Rights Trust Fund. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150996>
  14. Case of Paksas V. Lithuania [Ukrainian Translation] summary by the COE Human Rights Trust Fund. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118056>
  15. Case of «Kurdov and Ivanov V. Bulgaria». Judgment. 31 May 2011. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104953>
  16. Case of «A and B v. Norway». Judgment. 15 November 2016 (Application nos. 24130/11 and 29758/11). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>
  17. Case of «Böheim v. Italy». 22 May 2007 (decision on the admissibility) (Application no. 35666/05). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80969>
  18. Trabelsi proty Belgii: rishennja Jevropejskogo sudu z prav ljudyny u spravi vid 4 veresnja 2014 r. [Trabelsi vs Belgium: decision of the European Court of Human rights from 4<sup>th</sup> September 2014]. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153695>
  19. Case of «Lucky Dev v. Sweden». Judgment. 27 November 2014 (Application no. 7356/10). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148184>
  20. Case of «Sismanidis and Sitaridis v. Greece». Judgment. 9 June 2016 (Application nos. 66602/09 and 71879/12). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163949>
  21. Case of «R. T. v. Switzerland». Judgment. 30.05.2000 (Application no. 31982/96). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5334>
  22. Case of «Franz Fischer v. Austria». Judgment. 29 May 2001 (Application no. 37950/97). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=001-59475>
  23. Case of «Göktaş v. France». Judgment. 2 July 2002 (Application no. 33402/96). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60555>
  24. Case of Ruotsalainen v. Finland [Ukrainian Translation] summary by the Lviv Laboratory of Human Rights. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126150>
  25. Case of «Tsonyo Tsonov v. Bulgaria (no. 2)». Judgment. 14 January 2010 (Application no. 2376/03). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96671>
  26. Case of «Tomasović v. Croatia». Judgment. 18 October 2011 (Application no. 53785/09). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107047>
  27. Khmel protiv Rossii: reshenie Evropeyskogo suda po pravam cheloveka po delu ot 12 dekabrya 2012 g. [Khmel vs Russia: the decision of the European Court of Human Rights from 12<sup>th</sup> December 2012]. Available at: [https://73.mvd.ru/upload/site74/document\\_file/Gm95UnoHxQ.pdf](https://73.mvd.ru/upload/site74/document_file/Gm95UnoHxQ.pdf)
  28. Igor Tarasov proty Ukrainy: rishennja Jevropejskogo sudu z prav ljudyny u spravi vid 16 chervnja 2016 r. [Igor Tarasov vs Ukraine: the Decision of the European Court of Human Rights from 16<sup>th</sup> June 2016]. Available at: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_b63](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b63)
  29. Case of «Muslija v. Bosnia and Herzegovina». Judgment. 14 January 2014 (Application no. 32042/11). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-139988>
  30. Case of «Grande Stevens v. Italy». Judgment. 4 March 2014 (Application no. 18640/10). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>
  31. Case of «Nikitin v. Russia» [Russian Translation]. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109244>
  32. Case of «Horciag v. Romania». Judgment. 15 March 2005 (Application no. 70982/01). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-68815>

**Дроздов О. *Non bis in idem* — європейський орієнтир для забезпечення сталості та єдності судової практики Верховним Судом (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини)**

**Анотація.** Практика національних судів щодо застосування положень ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод свідчить про недостатню розробленість методології застосування принципу «*non bis in idem*». Це зумовлено певним браком теоретичної рефлексії над проблематикою забезпечення права не бути притягненим до суду або покараним двічі, відображеною у рішеннях Європейського суду з прав людини. Тому у статті розглянуто питання визначення сфери дії ст. 4 Протоколу № 7, зокрема й крізь призму застосування «критеріїв Енгеля». У статті також наголошується на важливості надання оцінки відповідним обставинам справи за допомогою розробленого ЄСПЛ алгоритму: а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (*idem*); с) чи було дублювання проваджень (*bis*). Крім того, досліджується правова природа таких категорій, як «остаточне рішення», «кримінальне обвинувачення», «покарання», «одне й те саме правопорушення».

**Ключові слова:** Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, *non bis in idem*, «критерії Енгеля», кримінальне провадження, кримінальне обвинувачення, покарання, правопорушення, дублювання проваджень, остаточне рішення.

**Дроздов А. *Non bis in idem* — европейский ориентир для обеспечения постоянства и единства судебной практики Верховным Судом (по материалам практики Европейского суда по правам человека)**

**Аннотация.** Практика национальных судов по применению положений ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод свидетельствует о недостаточной разработанности методологии применения принципа «*non bis in idem*». Это обусловлено определенным недостатком теоретической рефлексии над проблематикой обеспечения права не быть привлеченным к суду или повторному наказанию, отраженной в решениях Европейского суда по правам человека. Поэтому в статье рассмотрены вопросы определения сферы действия ст. 4 Протокола № 7, в том числе и сквозь призму применения «критериев Энгеля». В статье также отмечается важность оценки соответствующих обстоятельств дела при помощи разработанного ЕСПЧ алгоритма: а) было ли первое производство уголовным по своему характеру; б) были ли правонарушения, за которые преследовался заявитель, одними и теми же (*idem*); с) было ли дублирование производств (*bis*). Кроме того, исследуется правовая природа таких категорий, как «окончательное решение», «уголовное обвинение», «наказание», «одно и то же правонарушение».

**Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, *non bis in idem*, «критерии Энгеля», уголовное производство, уголовное обвинение, наказание, правонарушение, дублирование производств, окончательное решение.

**Drozdov O. *Non bis in idem* — the European Reference Point for Ensuring Constancy and Unity of Court Practice by the Supreme Court (on Materials of Practice of the European Court of Human Rights)**

**Annotation.** The practice of national courts on the application of the provisions of article 4 of Protocol № 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms indicate a lack of elaboration of the methodology for the application of the principle of non bis in idem. This is due to a certain lack of theoretical reflection on issues of ensuring the right not to be prosecuted or re-punished reflected in the decisions of the European court of human rights. Therefore, this article examines issues of determining the scope of article 4 of Protocol № 7, including through the application of the Engel criteria. The article also notes the importance of assessing the relevant circumstances of the case by means of the developed algorithm ECHR: a) whether the first production of a criminal nature; b) whether the offences for which the applicant pursued, the same (*idem*); c) there was a duplication of proceedings (*bis*). In addition, the publication examines the legal nature of such categories as «final solution», «criminal prosecution», «punishment», «the same offence».

**Key words:** European court of human rights, Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, non bis in idem «criteria Engel», criminal proceeding, criminal prosecution, punishment, offense, duplication of proceedings, the final decision.

## ДОКТРИНА УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ НАРОДУ: ІСТОРИЧНИЙ ПОСТУП



**В. ДЖУНЬ**  
доктор юридичних наук,  
суддя Конституційного Суду України у відставці

Ідея установчої влади як одна з теоретичних засад конституціоналізму пройшла в історичному поступі через декілька сходинок політичної думки, кожній з яких відповідала певна доктрина, що мала істотне значення для обґрунтування легітимності влади. За історичною хронологією першою такою сходинкою стала *доктрина суспільного договору*, яка за своєю соціально-політичною сутністю є догматичною фікцією. Вона обґрунтовувала джерело легітимності державної влади уявленням про нібито укладений колись у середовищі тільки-но сформованого політичного суспільства договору, за умовами якого обраному суверену вручено владу над людьми. Основи доктрини суспільного договору були розроблені ще Т. Гоббсом (1651 р.), а подальший розвиток вона отримала у працях С. Пуфендорфа (1673 р.), Дж. Локка (1689 р.), Ж.-Ж. Руссо (1762 р.), І. Канта (1797 р.) та інших просвітителів.

У конкретних історичних умовах свого зародження доктрина суспільного договору стала антитезою концепції «божественного права королів». Основ-

ні доводи про неї було викладено у праці англійського рояліста Р. Філмера «Патріархат або природна влада королів» (1680 р.). У ній автор полемізував із теоріями монархомахів, які доводили, що людям надані певні права; вони народжуються вільними від будь-якого підпорядкування і можуть вільно обирати ту форму урядування, яку забажають; влада, яку будь-яка людина має над іншими, була спочатку дарована за розсудом маси. За висновками Р. Філмера істина є зовсім іншою: спочатку Бог дарував королівську владу Адаму, а вже від нього влада перейшла до спадкоємців і в підсумку — до різних монархів сучасного для нього часу. Він обґрунтовував неприпустимість обмеження «божественного права королів» (*divine right of kings*) на абсолютну владу над людьми, виходячи з біблійно-патріархального начала. Бажання свободи, на думку Р. Філмера, є нечестивим. Він також переконував, що за англійською конституцією палата лордів повинна тільки радитися із королем, а палата громад має ще меншу владу; король сам встановлює закони, а вони діють лише за його

волею; король нікому не підкоряється і не може бути пов'язаний діями попередників або навіть своїми власними.

У політичній філософії доктрину суспільного договору розглядають як концептуалізоване пояснення легітимності державної влади. Основними теоретичними проблемами вказаного пояснення стали, по-перше, визначення носія суверенітету, а по-друге, встановлення співвідношення між обсягом державної влади та правовим статусом («особистим суверенітетом») індивіда за умовами укладеного суспільного договору. Кожен із засновників доктрини суспільного договору вирішував цю проблему зі своїх ідейних позицій і власних соціально-політичних уподобань.

Т. Гоббс у праці «Левіафан, чи матерія, форма і влада держави» розглядав державу як результат договору між людьми, що поклало край природному додержавному стану «війни усіх проти всіх», оскільки у відносинах між людьми завжди панує принцип: «людина людині — вовк». Він стверджував, що при укладенні договору люди добровільно обмежують свої права і свободи на користь абсолютної влади суверена, який бере на себе обов'язок захистити їх та забезпечити вільне користування залишком свобод. Держава є гарантом можливості для людей робити все, що не забороняє закон договору, а також гарантом дотримання природних законів, таких як справедливість, неупередженість, скромність, милосердя тощо.

Т. Гоббс вважав, що договір про передачу влади суверену існував лише між людьми, тоді як суверен не був стороною договору. Тому не може бути порушення договору зі сторони суверена і ніхто з його підданих не може бути звільнений від підданства під приводом, що суверен порушив якісь зобов'язання. Англійський філософ вважав, що люди мають право на повалення суверенної держави лише у тому разі, коли держава починає вбивати своїх

громадян, тобто вже не виконує своїх функцій щодо захисту. У такому випадку вона перетворюється на біблейське міфологічне створіння — морського монстра Левіафана, котрий пожирає все. Для забезпечення умов суспільного договору суверен повинен мати абсолютну владу, йому належить виключне право законотворчості, здійснення контролю за їх виконанням, призначення чиновників і стягнення податків. Проте держава не повинна втручатися у політичний та цивільний механізм суспільства, що функціонує на засадах природних законів. Т. Гоббс виокремлював три форми держави: демократію, або народоправство, аристократію і монархію. Перевагу він віддавав монархії, оскільки, на його думку, загальні інтереси більше всього виграють там, де вони збігаються із приватними. Саме такий збіг, на його переконання, відбувається в інституті монархії.

Дж. Локк у «Другому трактаті про правління» обґрунтовував, що лише народу належить верховна влада, а тому виключно він може встановлювати форму держави, створювати законодавчу владу (яку вважав найвищою серед інших влад) і призначати тих, в чиїх руках вона буде перебувати. Законодавчий орган не може передати право видавати закони в чиїсь інші руки, оскільки воно довірено йому народом. Законодавчу й виконавчу владу треба розділяти для належного виконання законів і запобігання зловживанням законодавців. Уряд складається з людей, обраних за загальною згодою для спостереження за дотриманням законів, встановлених для загального блага, збереження свободи і добробуту. При вступі у державу людина підкоряється лише законам, а не свавіллю чи примхам необмеженої влади. Дж. Локк виокремлював й третю владу, яку називав федеративною. До кола її повноважень він відносив право війни і миру, право участі в коаліціях і союзах та право вести справи з

усіма особами та співтовариствами поза державою. Він вважав за необхідне не поділяти виконавчу і федеративну владу, а передати їхні повноваження в одні руки з метою уникнення безладу і загибелі суспільства.

За висновками Дж. Локка, законодавча влада є довіреною владою, якій народ довіряє діяти лише заради прийняття необхідних для народу законів. Метою закону, на його думку, є не знищення і не обмеження, а збереження та розширення свободи. У народу завжди залишається верховна влада усувати чи замінити законодавчу владу, якщо він бачить, що законодавці діють всупереч наданій ним довірі. У таких випадках влада повертається у руки народу і він або створює нову форму влади, або, зберігаючи стару, передає її в нові руки, що вважає за найкраще для його безпеки і благополуччя. Таким чином, громадянське суспільство постійно зберігає верховну владу для врятування себе від замахів і змов з будь-якого боку, навіть довіреної влади, у тих випадках, коли вона виявляється дурною або зловмисною, щоб створювати змови проти свободи і власності підданих. Такі замаху та змови Дж. Локк вважав розпадом системи правління.

Філософ визначав *узурпацію* та *тиранію* видами правління, що суперечать правам, які випливають із суспільного договору. Узурпацією він називав здійсненням влади, на яку має право інша особа. Вона може поєднуватися з тиранією, якою є здійснення влади поза правом і використання влади не на благо тих, хто підкоряється їй, а з метою приватної вигоди правителя. Якщо останній перевищує надану йому законом владу і використовує протизаконно силу, що є в його розпорядженні, до підданих, то він перестає бути посадовцем і йому можна чинити опір. Абсолютна монархія, за висновком Дж. Локка, не сумісна з громадянським суспільством і не може бути формою громадянського правління, оскільки

не має неупереджених органів влади, спроможних вирішувати суперечки між монархом та його підданими.

У трактовці Дж. Локка монарх як глава виконавчої влади користується також довіреною народом владою. Якщо він порушує суспільний договір або закони, народ може вимагати від нього повернення довіреної йому влади. Освячуючи суспільно-політичний лад Англії, встановлений Славетною революцією 1688 р., Дж. Локк вважав, що повстання народу проти тиранічної влади є необхідним і правомірним, якщо правитель посягає на природні права і свободу народу. Найбільш послідовно право народу на повстання проти тиранії викладено ним у праці «Роздуми про Славетну революцію 1688 року», де виведено *право на престол короля Вільгельма III за волею народу*. Дж. Локк обґрунтовував необхідність конституційної парламентарної монархії з позицій суспільного договору та ідеї непорушності природних прав, які, на його думку, є невідчужуваними і невід'ємними від людини. До природних прав людини він відносив передусім право на життя, свободу і власність. Концепція суспільного договору Дж. Локка стала ідейною основою Декларації незалежності США 1776 р. та Конституції США 1787 р.

З нагромадженням соціальних, політичних та історичних знань теорія суспільного договору вже не могла задовольняти потреби передової політичної думки, що шукала більш реалістичного і наукового пояснення джерела походження інституту держави та легітимності державної влади. Вже в епоху Просвітництва шотландський філософ і великий скептик Д. Х'юм у статті «Про первісний договір» (1748 р.) дуже красномовно і переконливо поставив під сумнів ймовірність та корисність будь-яких уявлень про урядування, що базується на якомусь договорі. На його думку, урядування спирається на

«загарбання і завоювання» і це слід підтримувати з огляду на його позитивні наслідки. Він їдко відзначав, що будь-яке урядування не протримається й п'яти хвилин, якщо хтось візьметься перевіряти, чи не суперечить воно вимогам якогось чинного договору.

Другою сходинкою у пошуках істинного джерела легітимності державної влади стала започаткована Ж.-Ж. Руссо *теорія народного суверенітету*, викладена в книзі «Про суспільний договір, або Принципи політичного права» (1762 р.). Певний парадокс теорії народного суверенітету полягав у тому, що вона була виведена ним із логічних засновків його ж доктрини суспільного договору, яка на практиці вироджувалася у деспотичне правління. Керуючись популярною у період Просвітництва утопією про наявність в історії людства природного додержавного стану, в якому всі люди були рівні і мали невідчужувані природні права, він запропонував ідею суспільного договору як засобу досягнення політичної свободи у державі, де законодавцем буде увесь народ і де кожен індивід отримає рівні права. За висновком Ж.-Ж. Руссо, для того, аби знову настав природний стан людства, необхідно укласти суспільний договір, сутність якого полягає у самовідчуженні індивідів та усіх їхніх прав і свобод на користь малозрозумілої та містичної колективізованої цілісності. Цей висновок на практиці означає повне скасування свободи і заперечення теорії природних прав людини. Колективна цілісність, в яку мають вступити всі індивіди за суспільним договором, називається *державою*, коли вона пасивна — *сувереном*, якщо активна — *силою* відносно інших подібних цілісностей. Тому доктрина суспільного договору Ж.-Ж. Руссо має ідейну близькість до поглядів Т. Гоббса. Єдина непринципова різниця у поглядах цих мислителів полягає у тому, що Т. Гоббс своїми аргументами утверджує абсолютну владу індивіду-

ального суверена — монарха, тоді як Ж.-Ж. Руссо — абсолютну владу одержавленого суспільства.

Колективізований суверен втілює чи породжує *загальну волю*, що відіграє дуже важливу роль у концепції Ж.-Ж. Руссо. Загальну волю утворює не сума волей окремих людей чи їх приватних інтересів, а абстраговані загальні інтереси. Тому загальна воля, носієм якої виступає колективізований суверен, завжди права і непогрішима. Суспільний договір припускає, що кожний, хто відмовляється підкорятися загальній волі, повинен бути примушений зробити це. Зокрема, це означає, що його силою примушують стати вільним. Метою суспільного договору в інтерпретації Ж.-Ж. Руссо задекларовано збереження свободи, проте замість свободи його учасникам пропонувалася лише рівність у безумовному підкоренні волі колективізованого суверена, що мало логічним наслідком повну відсутність індивідуальної свободи у колективізованому суспільстві. Прикладами практичного втілення доктрини суспільного договору стали в майбутньому яacobінська диктатура періоду Великої французької революції у XVIII ст., фашистські та комуністичні диктатури у XX ст. Отже, доктрина суспільного договору в інтерпретації Ж.-Ж. Руссо містить пастку колективної тиранії, яку багато хто не помічає і в наш час. Проте у його доктрині суспільного договору містилася й раціональна ідея, яку було розгорнуто у теорію народного суверенітету. На відміну від Ж. Бодена, Ж.-Ж. Руссо, утверджуючи верховну владу одержавленого суспільства, визначив суб'єктом неподільного і невідчужуваного суверенітету не державу, а народ. Якщо політичною метою вчення Ж. Бодена на початку Нового часу була підтримка абсолютистської монархічної держави у протистоянні з екстериторіальною владою римських пап, то теорія Ж.-Ж. Руссо в період Просвітництва обґрунтовувала ідею



народу як джерела та носія верховної влади і тим самим більш послідовно і раціонально, ніж доктрина суспільного договору в інтерпретації Дж. Локка чи самого Ж.-Ж. Руссо, була антитезою концепції «божественного права королів», що намагалася довести ідею суверенітету абсолютного монарха. Хоча Дж. Локк теж вважав, що верховна влада належить народу, проте він не зараховував до кола громадян величезну масу людей, які не мали власності. Ж.-Ж. Руссо, навпаки, ототожнював народ з усім людством, передусім включаючи туди злидарів. Очевидно, через ці встановлені Дж. Локком обмеження, Ж.-Ж. Руссо сприймають як справжнього основоположника *теорії народного суверенітету* та *принципу народодовладдя* і вважають предтечею Великої французької революції.

Приблизно у той самий час інший французький соціальний філософ, абат Г. Маблі у двотомній книзі «Зауваження по історії Франції» (1765 р.) намагався довести, що в епоху виникнення Франції законодавцем був увесь народ, а утворення аристократичного ладу і королівського абсолютизму стало наслідком узурпації.

Відомий французький політичний діяч, абат Е.-Ж. Сієс розвинув ідею народоправства або правління усього народу у своєму памфлеті «Що таке третій стан?» саме напередодні Великої французької революції (у січні 1789 р.). Автор доводив, що лише третій стан складає націю, а привілейовані стани — дворянство і духовництво — є чужинцями, тягарем, що лежить на нації. Цей памфлет містив знаменитий афоризм: «Що таке третій стан? Усе. Чим він був досі при існуючому порядку? Нічим. Чого він вимагає? Стати чим-небудь». Е.-Ж. Сієс дійшов сміливого для часу творення свого памфлету висновку про необхідність перетворити представництво третього стану в Генеральних Штатах в Установчі національні збори. Саме тому Е.-Ж. Сієс вважається твор-

цем доктрини установчої влади, відповідно до якої вона є первинною щодо всіх встановлених влад: законодавчої, виконавчої та судової. Установча влада належить народу, котрий через своїх представників в установчих зборах реалізує її, ухвалюючи конституцію. За переконанням Е.-Ж. Сієса, депутати установчих зборів отримують спеціальний мандат від народу на прийняття конституції, що забезпечує найвищий рівень легітимності цього документа.

Висновки доктрини установчої влади Е.-Ж. Сієса були реалізовані у практиці революційних перетворень 9 липня 1789 р., коли утворене з Генеральних штатів Національне зібрання Франції оголосило себе Установчими національними зборами в знак того, що своїм основним завданням вони вважають розробку й прийняття конституції. Хоча Конституція Франції 1791 р. виявилася за соціальними і політичними наслідками «мертворожденою», проте дійсно знаменним явищем було її прийняття саме Установчими національними зборами. Зазначеним рішенням було також започатковано вкрай важливий принцип конституційного будівництва, що полягав у неможливості обрання членів Установчих національних зборів до нового парламенту — Законодавчих зборів, що були передбачені Конституцією 1791 р. Цей принцип містив у собі гарантію для особистої сумлінності і неупередженості членів Установчих національних зборів щодо створення належного результату їх сукупної діяльності — конституції або змін до неї.

Постановою від 26 серпня 1789 р. Установчі національні збори прийняли Декларацію прав людини і громадянина, у ст. 3 якої проголошувалося: «Джерело всього суверенітету бере свій початок в нації. Жодна група, жодна особа не може здійснювати владу, яка прямо не впливає з неї». Отже, в підготовчому до Великої французької

революції періоді її теоретики ідейно опрацювали і концептуально визначили органічний взаємозв'язок між такими ключовими доктринами конституціоналізму, як народний суверенітет, установча влада народу та установчі збори як спеціальний представницький орган цієї влади. А під час самої революції зазначені доктринальні розробки у різний спосіб були реалізовані у політичній практиці.

У подальшому на основі теорії народного суверенітету та доктрини установчої влади європейськими конституціоналістами було опрацьовано ідею *верховенства конституції* як акта установчого характеру для розбудови державності на засадах розуму. Той, хто є носієм суверенітету, у того в руках за об'єктивною логікою речей неодмінно перебуває й установча влада. Тому установча влада є виявом народного суверенітету й отримує від цього найвищу легітимність. Оскільки саме народу належить установча влада, *конституція за своєю політико-правовою природою є позитивним актом установчої влади народу*, незалежно від того, в якій формі вона існує (писана, неписана, систематизована, несистематизована тощо). Отже, законодавча, виконавча і судова влади є лише похідними від установчої влади народу, воля якого втілюється у конституції. Установча природа конституції зумовлює її верховенство над актами законодавчої, виконавчої і судової влад, які є встановленими владами. Проте *принцип верховенства конституції* не може мати абсолютного характеру, оскільки конституційні норми повинні відповідати принципу верховенства права, що лежить в основі людиноцентричної парадигми європейського конституціоналізму.

Найважливішим ідейно-політичним наслідком Великої французької революції стало визнання народу єдиним джерелом і верховним носієм державної влади. А тому визначального характеру серед різноманітних за змістовним

наповненням понять суверенітету набув саме *народний суверенітет*. У конституційно-правовому аспекті поняття державного суверенітету і національного суверенітету розглядаються як похідні від поняття народного суверенітету. Проте ця похідність є аксіомою лише для країн із дійсно конституційною державністю. Державний суверенітет може існувати й за відсутності народного суверенітету, наприклад, внаслідок панування у країні тоталітарного чи авторитарного режиму державного владарювання. Певну змістовну специфіку має поняття національного суверенітету. Воно позначає повновладдя всередині певної етнічної спільноти, що сформувалась як політична нація і бажає реалізувати (реалізовує чи вже реалізувала) своє право на національне самовизначення у формі власної суверенної державності і на цій політико-правовій основі сповна скористалася принципом суверенної рівності держав. Отже, національний суверенітет за своєю політико-правовою сутністю є формою вияву (іпостассю) народного суверенітету у міжнародному публічному праві. Таке розуміння співвідношення між поняттями народного суверенітету, державного суверенітету та національного суверенітету поступово проникало в міжнародне право як результат демократичних процесів і зростання авторитету конституційного правління у глобалізованому світі. Визнання народу єдиним джерелом державної влади стало загальновиголошеною формулою конституційного будівництва у XX ст. й отримало офіційне закріплення у ч. 3 ст. 21 Загальної декларації прав людини, де проголошено: «Воля народу повинна бути основою влади уряду; ця воля повинна виявлятися у періодичних і нефальсифікованих виборах, які повинні проводитись при загальному і рівному виборчому праві шляхом таємного голосування або ж через інші рівнозначні форми, що забезпечують свободу голо-

сування» [1]. У сучасну епоху з цією формулою вимушені погоджуватися (принаймні зовні чи на словах) навіть правителі тоталітарних й авторитарних режимів та монархи з фактично абсолютистською владою.

За своєю соціальною сутністю народ є сукупністю людей, що об'єднана спільними цінностями, інститутами та ідеалами в єдину спільність — суспільство. Проте суспільство не є однорідною масою людей, оскільки складається з окремих соціальних страт зі своїми власними інтересами і потребами. Страта являє собою спільність людей, які об'єднані на певних спільних позиціях або мають спільну справу, що визначають їхню соціальну відокремленість від інших спільностей. Стратифікаційна методологія виявляє причини об'єднання людей у соціальні страти на основі критерію допуску до різних благ: влади, матеріального багатства, професійних занять, доходів, привілеїв, освіти, престижу тощо. Ця методологія також встановлює закономірності міжстратових відносин, які мають суперечливий характер, поєднуючи елементи суперництва і співробітництва. Тому для розуміння соціальної природи конституції принципово важливе значення має теорія соціальної стратифікації, яка пояснює причини соціального розшарування суспільства на бідних, заможних і багатих. Конституція як акт установчої влади не лише визначає суспільний та державний лад країни, а й закріплює в юридичній формі співвідношення сил між основними стратами суспільства. Це першим зрозумів німецький філософ, юрист і політичний діяч Ф. Ласаль. У своїй доповіді «Про сутність конституції», проголошеній у 1862 р., він писав: «Конституційні питання, перш за все, — це питання сили, а не права; дійсна конституція полягає лише в існуючих у країні фактичних відносинах сили: писані конституції лише тоді мають значення і міць, якщо

являють собою точне вираження дійсних відносин сили в суспільстві, — ось принципи, які <...> треба запам'ятати» [2, 25].

Історична практика європейського конституціоналізму виявила досить широкі соціально-політичні можливості для викривлення принципу народного суверенітету, або народовладдя, об'єктивним наслідком чого стає деспотичне переродження природи державної влади. Соціально-політичним підґрунтям цього стають суперечності між інтересами основних страт суспільства. У випадках глибокого соціального розшарування об'єктивно виникають суспільні антагонізми, які є живильним джерелом для появи крамольних співтовариств. Дж. Медісон, ведучи мову про розгул таких співтовариств, зазначав: «Під крамольними співтовариствами я розумію певну частину громадян, незалежно від того, чи становлять вони більшу або меншу частину цілого, котрих поєднує або згуртовує певний загальний інтерес або захоплення, що ворожі правам інших громадян або постійним і загальним інтересам усього суспільства» [3, 78]. У соціально-політичному сенсі деспотія означає узурпацію установчої влади народу з боку різних крамольних співтовариств, що робить неможливим її реалізацію. Тому деспотія унеможливує й втілення самого принципу народного суверенітету.

У сучасних умовах поширеним явищем для політично незрілих суспільств стає виродження політичних партій у різні крамольні співтовариства, що здійснюють узурпацію державної влади у прихованих формах, наприклад, шляхом спотворення інститутів прямої (безпосередньої) демократії: виборів, зборів, референдумів, плебісцитів. Внаслідок такого спотворення відбувається становлення режимів *клетократії*, *плутократії*, *етнократії*, *корпоратократії*, *мілітократії* та інших антидемократичних укладів влади, що несуміс-

ні з принципом народного суверенітету та установчою владою народу. Держава у цих випадках стає «*state capture*» — «державою, яку захопили», тобто здобиччю одного крамольного співтовариства.

Основною причиною деспотичного переродження державної влади є брак або відсутність конституційної культури державного владарювання у соціальному середовищі конкретного народу та його політичної еліти. У разі браку або відсутності конституційної культури у широких народних мас соціально-політична реальність їх країни відображається формулою: «конституція без конституціоналізму», тобто конституція є або поступово стає фікцією установчої влади народу. Ставлення політично зрілих народних мас, демократичних прошарків суспільства до прямих та потенційних загроз деспотії найбільш яскраво відображаються соціологічними опитуваннями, які визначають наявні рівні легітимності встановлених влад і потужність рухів опору до них.

Швидке поширення протягом кінця XVIII — усього XIX ст. теорії народного суверенітету знаменувало неухильний поступ соціально-політичного прогресу, утвердження ідеології та практики ліберальної демократії, перехід від деспотичної до конституційної культури державного владарювання. Це, у свою чергу, зумовило пошук оптимальних організаційно-правових форм установчої влади для закріплення принципів народовладдя та правовладдя у результаті конституційного будівництва. У європейському політичному просторі таким органом установчої влади став інститут *конституанти* (фр. *Constituante*) — колегіальний, представницький орган народу, що скликається виключно для розробки, ухвалення або зміни конституції. У різних країнах конституанта мала різні назви: установчі збори; національні, народні, конституційні збори; консти-

туційна асамблея; конституційний конгрес; конституційний конвент тощо. Перші у світі конституції США 1787 р. та Франції 1791 р. були прийняті саме конституантою, функції якої здійснили, відповідно, Конституційний конвент та Установчі національні збори. Проте у подальшому прийняття конституцій шляхом використання інституту конституанти стало не зовсім поширеним явищем в європейській політичній культурі.

Оскільки народ становить єдину соціалізовану спільність — суспільство, яке є неоднорідним і поділяється на страти зі своїми суперечливими позиціями, інтересами і потребами, на початкових етапах конституційного будівництва об'єктивно виникала проблема з'ясування можливості чи неможливості узгодження, гармонізації інтересів основних соціальних страт суспільства і, відповідно, формування загальної волі народу щодо встановлення бажаних для нього основ конституційного ладу. Якщо внаслідок суспільного обговорення цієї проблеми виявлялася принципова можливість узгодження між основними соціальними стратами суспільства кола фундаментальних цінностей та ідеалів, що могли бути покладені в основу майбутнього конституційного ладу, на порядку денному ставала вже проблема належної легітимності та обсягу повноважень майбутньої конституанти. У вирішенні цієї проблеми ключову роль відіграли політичні еліти суспільства.

Потреба утворити конституанту як самостійний, колегіальний, представницький орган народу, що скликається виключно для розробки, прийняття або зміни конституції, виникала у політичних еліт тоді, коли суперечності між основними соціальними стратами суспільства та політичними елітами були занадто гострими, а суспільство — тяжко хворим. У цих випадках еліти були вимушені звертатися безпосередньо до народу для вибору основ

конституційного ладу. Ухвалення конституції спеціально обраною конституантою відбувалося здебільшого після або в результаті якихось надзвичайних подій, як-то: системних криз (Іспанія 1812 р. та 1931 р.), революцій (Франція 1848 р.), війн та руйнації імперій (Німеччина 1919 р.), здобуття політичними націями державної незалежності (Бельгія 1831 р., Чехословаччина 1920 р., Польща 1921 р.), падіння деспотичних режимів (Італія 1947 р., Португалія 1976 р.).

За порівняно стабільних часів державного владарювання політичні еліти європейських країн були схильні узгоджувати основи майбутнього конституційного ладу у вузькому, камерному режимі, тобто виключно між собою і відгороджувати від участі в цьому процесі широкі кола громадськості. У цих випадках функцію конституанти часто перебирала на себе легіслатура. Законодавчий орган (депутатську основу якого становила креатура політичних еліт) у певному регламентному порядку розробляв та приймав конституцію. Так, чотири нормативні акти, які утворюють Конституцію Швеції, були прийняті риксдагом — законодавчим органом. А. Шайо зазначав: «Установчі національні збори, що скликаються за усіма правилами, конституція, написана на основі демократичних вимог, — велика рідкість. <...> Немає ніяких секретів або сорому в тому, що конституцію намагаються певною мірою ізолювати від утвердженої демократичним способом волі більшості. Утвердження сучасної конституції, як правило, — компроміс заінтересованих партійних еліт. Це своєрідний елітний продукт у привабливій демократичній упаковці. Всупереч цьому сучасна демократична конституція є конституцією правної держави, черпає свої сили з народного суверенітету, якщо конституція не спрямована проти народу і якщо вона залишає відкритими ті шляхи, на яких народ <...> має можли-

вість визначати своє повсякчасне життя, а також якщо вона дозволяє народу у разі сильного незадоволення конституцією заважати її прийняттю або внесенню в неї поправок» [4, 30–31].

Як свідчить історичний досвід конституційного будівництва в Європі, конституанта залежно від обсягу наданих їй повноважень може мати суверенну і несуверенну правну природу. *Суверенна конституанта* має повноваження не лише розробляти, а й ухвалювати конституцію. *Несуверенна конституанта* має повноваження розробляти і приймати проект конституції, проте остаточне рішення щодо прийняття конституції повинен приймати народ на *конституційному референдумі (плебісциті)*. Цей референдум за своєї соціально-політичної сутності є вищим проявом народної легітимації конституції, а за своєї політико-правової сутності — формою прямої або безпосередньої демократії. Застосування референдуму для прийняття або затвердження конституції укорінено в теорії установчої влади [5, 332]. Так, були затверджені або схвалені на всенародному референдумі конституції Ірландії 1937 р., Франції 1946 р. та 1958 р., Данії 1953 р. та Іспанії 1978 р. Широке поширення практики конституційних референдумів сприяло тому, що у ХХ ст. поняття народного суверенітету було значною мірою витіснено поняттям демократії.

Конституційний досвід Нової та Новітньої історії Європи висвітлив великі інституційні можливості для зловживання інститутами конституанти і всенародного референдуму у випадках соціальної та політичної незрілості суспільства. Наприклад, у постпросвітницькій Франції ці інститути неодноразово використовувалися для руйнації республіканського ладу та легітимації деспотичних монархічних режимів.

Так, внаслідок перевороту 18 брюмера (9 листопада 1799 р.) у Франції було

скинуто Директорію і до влади прийшов новий уряд із трьох тимчасових консулів на чолі з Н. Бонапартом. Тимчасовий консулат мав розробити нову конституцію, яка б легітимізувала одноосібну владу Наполеона на посаді першого консула. Останній і став головним автором Конституції, що фактично ліквідувала республіканську форму правління і встановлювала диктатуру першого консула, хоча прямо про це не наголошувала. Конституцію було оприлюднено 13 грудня 1799 р. і затверджено народним плебісцитом VIII року Республіки, який став пародією принципу народного суверенітету (за офіційними даними проект Конституції підтримало близько 3 млн голосів, проти понад 1,5 тис.; насправді конституцію підтримали близько 1,55 млн голосів, інші голоси були сфальсифіковані).

Через майже 50 років племінник Наполеона І Ш. Л. Наполеон став президентом Другої французької республіки внаслідок прямих президентських виборів 10 грудня 1848 р., отримавши 5 млн 430 тис. голосів (75 %). У подальшому президент Ш. Л. Наполеон, користуючись великою популярністю свого видатного дядька, організував зі своїми спільниками з кола бонапартистів змову і здійснив державний переворот 2 грудня 1851 р. Для легітимації державного перевороту він оголосив плебісцит. Громадянам Франції пропонувався дати ствердну чи негативну відповідь на запитання: чи бажають вони зберегти владу Луї Наполеона і надати йому необхідні повноваження для встановлення конституції на основі п'яти положень? Ці положення фактично закріплювали диктатуру президента. Більшість на плебісциті підтримало пропозиції Ш. Л. Наполеона і 14 січня 1852 р. була прийнята нова конституція, що надала президенту майже монархічні повноваження. 7 листопада 1852 р. Сенат висловився за перетворення Франції у спадкову

монархію. 22 листопада 1852 р. відповідні зміни до конституції були санкціоновані плебісцитом (за це було подано 7 млн 800 тис. голосів). 2 грудня 1852 р. президент був проголошений імператором французів під ім'ям Наполеона III, а у Франції було відновлено спадкову монархію.

У Новітній час яскраві приклади зловживань інститутом всенародного референдуму дала державницька практика нацистської Німеччини.

Відповідно до норм Веймарської конституції 1919 р. Рейхспрезидент Німеччини (глава держави) П. фон Гінденбург призначив лідера нацистської партії А. Гітлера (який був на той час главою найбільшої фракції в Рейхстазі, що налічувала 196 місць), рейхсканцлером (главою уряду) 30 січня 1933 р. Проте А. Гітлер із цим призначенням ще не отримав абсолютної влади над країною, оскільки закони в Німеччині міг ухвалювати лише Рейхстаг, а Рейхспрезидент мав низку важливих прерогатив, зокрема, вважався головнокомандувачем збройними силами.

2 серпня 1934 р. помер Рейхспрезидент П. фон Гінденбург. У той же день було оголошено, що відповідно до закону, ухваленого кабінетом міністрів за день до його смерті, функції рейхспрезидента і рейхсканцлера поєднуються в одній особі. Рейхсканцлер Німеччини А. Гітлер прийняв на себе повноваження глави держави і головнокомандувача збройними силами. Посада рейхспрезидента скасовувалася. А. Гітлер вимагав від особового складу збройних сил присягнути на вірність йому, а не Веймарській конституції, яку він порушив, відмовившись призначати вибори наступника П. фон Гінденбурга. Для легітимації таких дій А. Гітлера і нацистської верхівки було призначено всенародний референдум. За результатами якого 19 серпня 1934 р. державні посади рейхспрезидента та рейхсканцлера були поєднані і тим самим завершився процес встановлен-

ня державної диктатури Націонал-соціалістичної німецької робітничої партії на чолі з А. Гітлером, який прийняв титул «Фюрер і Рейхсканцлер» (вождь і державний канцлер, *Führer und Reichskanzler*). За об'єднання вищих державних посад було подано 38 394 848 голосів (89,93 %), проти — 4 300 370 голосів (10,07 %), визнано недійсними — 873 668 бюлетенів (2,01 %). Референдум відбувся в умовах переслідувань та масового психозу. Значна частина населення Німеч-

чини була дезорієнтована залякуваннями та соціальною демагогією нацистів і намагалася уникнути хаосу шляхом надання їм диктаторських повноважень.

Наведені приклади і, головне, майбутні результати таких «волевиявлень народу» слугували європейцям наочною демонстрацією необхідності вдосконалення інститутів *ліберальної демократії* з метою унеможливлення їх використання для знищення самої демократії.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Загальна* декларація прав людини. Неофіційний переклад // Урядовий кур'єр. — 2008. — № 232. — 10 грудня.
2. *Лассаль Ф.* О сущности Конституции / Ф. Лассаль [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://elibrary.udsu.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/8897/2012167.pdf?sequence=1>
3. *Федералист* № 10 (Дж. Мэдисон). *Федералист: Политическое эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея.* — М., 1994. — С. 78–86.
4. *Шайо А.* Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / А. Шайо ; пер. с венг. — М., 2001. — 292 с.
5. *Шаповал В. М.* Сучасний конституціоналізм : монографія / В. М. Шаповал. — Київ, 2005. — 560 с.

#### REFERENCES

1. Zahalna deklaratsiia prav liudyny. Neofitsiinyi pereklad [Universal Declaration of Human Rights. Informal translation], *Uriadovyi kurier*, 2008, no. 232, 10 hrudnia.
2. Lassal F. O sushchnosti Konstitutsii [About essence of the Constitution]. Available at: <http://elibrary.udsu.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/8897/2012167.pdf?sequence=1>
3. Federalist № 10 (Dzh. Medison) [Federalist № 10 (J. Madison)], *Federalist: Politicheskoe esse A. Gamiltona, Dzh. Medisona i Dzh. Dzheya*, Moscva, 1994, pp. 78–86.
4. Shayo A. Samoogranichenie vlasti (kratkii kurs konstitutsionalizma) [Self-restriction of the power (short course of constitutionalism)], Moskva, 2001, 292 p.
5. Shapoval V. M. Suchasnyi konstytutsionalizm [Modern constitutionalism], Kyiv, 2005, 560 p.

#### Джунь В. Доктрина установчої влади народу: історичний поступ

**Анотація.** У статті простежено становлення доктрини установчої влади народу в євроатлантичному цивілізаційному ареалі. Аргументовано, що доктрина суспільного договору та теорія народного суверенітету виконували в конкретно-історичних умовах їх появи функцію джерела легітимності державної влади. Наголошено, що визнання народу єдиним джерелом державної влади стало загальноновизнаною формулою конституційного будівництва у ХХ ст. Розкривається природа конституції як акта установчої влади народу, а законодавчої, виконавчої та судової — як встановлених влад. Досліджено соціально-політичну та юридичну сутність інститутів конституанти та конституційного референдуму як інструментів реалізації установчої влади. В історичному аспекті висвітлено інституційні можливості для деспотичного переродження державної влади внаслідок зловживань інститутами конституанти і всенародного референдуму у випадках соціальної та політичної незрілості суспільства.

**Ключові слова:** установча влада народу, доктрина суспільного договору, теорія народного суверенітету, легітимність, конституція, конституанта, конституційний референдум.

#### Джунь В. Доктрина учредительной власти народа: историческая поступь

**Аннотация.** В статье прослежено становление доктрины учредительной власти народа в евроатлантическом цивилизационном ареале. Аргументируется, что доктрина общественного договора и теория народного суверенитета выполняли в конкретно-исторических условиях их появления функцию источника легитимности государственной власти. Отмечается, что признание народа единственным источником государственной власти стало общепризнанной формулой конституционного строительства в ХХ в. Раскрывается природа конституции как акта учредительной власти народа, а законодательной, исполнительной-

ной и судебной — как учрежденных властей. Исследована социально-политическая и юридическая сущность институтов конституанты и конституционного референдума как инструментов реализации учредительной власти. В историческом аспекте освещаются институциональные возможности для деспотического перерождения государственной власти вследствие злоупотреблений институтами конституанты и всенародного референдума в случаях социальной и политической незрелости общества.

**Ключевые слова:** учредительная власть народа, доктрина общественного договора, теория народного суверенитета, легитимность, конституция, конституанта, конституционный референдум.

#### **Dzhun V. Doctrine of the Constituent Power of the People: Historical Progress**

**Annotation.** In article the formation of the doctrine of the constituent power of the people in an Euro-Atlantic civilization area is tracked. It is reasoned that the doctrine of the social contract and the theory of people's sovereignty performed function of a source of legitimacy of the government in concrete historical conditions of their emergence. It is noted that recognition of the people a uniform source of the government became the conventional formula of the constitutional construction in the 20th century. The constitution nature as act of the constituent power of the people, and legislative, executive and judicial — as the founded authorities reveals. The socio-political and legal essence of institutes of a constituent and the constitutional referendum as instruments of realization of the constituent power is investigated. In historical aspect institutional opportunities for despotic regeneration of the government owing to abuses of institutes of a constituent and a national referendum in cases of social and political immaturity of society are lit.

**Key words:** constituent power of the people, doctrine of the social contract, theory of people's sovereignty, legitimacy, constitution, constituent, constitutional referendum.

-----  
Пропонується монографія:

**Джуль В. В. Соціологія конституційного права : монографія / В. В. Джуль. — К. : Ін Юре, 2015 — Кн. 1 : Теоретико-методологічні основи. — 384 с.**



Нині українські правознавці лише констатують недоліки конституційного механізму без ґрунтового аналізу причин його соціальної неадекватності. В Україні до цього часу практика запозичення із зарубіжного досвіду доктринальних та регулятивних елементів конституціоналізму ґрунтувалася, фактично, на методі проб і помилок. Тому не дивно, що в нашій країні постійно «буксують» конституційні реформи або дають зовсім неочікуваний для її творців соціально-політичний результат.

Робота автора є першою спробою системно поєднати теоретико-методологічний апарат соціології та юриспруденції для всебічного пізнання конституційно-правових реалій та дійсно наукового прогнозування в конституцізнавстві.

**Замовляйте видання за телефоном:**

**+380 (44) 537-51-11**

**або електронною поштою:**

**sales@inyure.ua**

**http://www.inyure.ua**  
-----



## СПЕЦИФІКА ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ОКРЕМИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ПРИ ПОСЯГАННЯХ НА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ



**К. КАТЕРИНЧУК**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального права і процесу  
Навчально-наукового юридичного інституту  
Національного авіаційного університету*

**К**онституція України проголошує життя та здоров'я особи найвищою соціальною цінністю (статті 3, 27). Кримінальний кодекс України (далі — КК України) також здійснює кримінально-правовий захист здоров'я особи (розділ II «Злочини проти життя та здоров'я особи») від злочинних посягань нормами, що передбачені статтями 121–128, 130 та 133. Однак серед науковців немає спільного погляду щодо встановлення однієї з обов'язкових ознак об'єктивної сторони у складах цих злочинів.

Дослідженням зазначеної проблеми займалися Є. Булавін, В. Веніамінов, О. Денісова, О. Житній, О. Панчак, Л. Сердюк та ін. Проте незважаючи на численні дослідження з цієї теми, все ж виникають складнощі при кваліфікації злочинів проти здоров'я особи, а саме при правильному встановленні шляху (дії чи бездіяльності) вчинення того чи того злочину.

Так, тяжкі (крім тяжкого тілесного ушкодження, небезпечного для життя у момент заподіяння), середньої тяжкості та легкі тілесні ушкодження

визнаються як злочини з матеріальним складом. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цих, як і будь-яких інших складів злочинів, є діяння (дія або бездіяльність). Аналіз спеціальної юридичної літератури щодо особливостей об'єктивної сторони зазначених складів злочинів дає підставу для висновку, що вони вчиняються як шляхом дії, так і бездіяльності. У постанові Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» (далі — Постанова) також використовується неоднозначна термінологія: «діяння» (9 разів), «дії» (35 разів), «дії чи бездіяльності» (1 раз). У тексті Постанови наголошується про обов'язковість правильного й однакового застосування закону про кримінальну відповідальність, але, на жаль, така розбіжність термінів призводить до неузгодженості.

Судова практика не дозволяє знайти кримінальні провадження за статтями, які передбачають кримінальну відповідальність за тілесні ушкодження, що заподіюються шляхом бездіяльності.

Найпоширенішим у літературі є приклад, коли мати не годує дитину, внаслідок чого у дитини відмовляє якийсь орган — одна з ознак тяжкого тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК України). Але цей приклад йде всупереч практиці, і кваліфікується за ст. 135 «Залишення в небезпеці» КК України. Так, нещодавно порушене кримінальне провадження за ст. 135 КК України, яке було висвітлене в засобах масової інформації та набуло широкого резонансу проти «горе-матері», яка на 9 днів без їжі залишила дітей (один та два роки) зачиненими у квартирі. Внаслідок бездіяльності матері однорічна дитина померла, а дворічна перебуває в реанімації, у неї почали відмовляти внутрішні органи. У цьому випадку тілесні ушкодження виступають не як самостійний злочин, а як наслідок, передбачений у диспозиції ч. 3 ст. 135 КК України, — діяння, передбачені частинами 1 та 2, якщо вони спричинили смерть особи або інші тяжкі наслідки.

Теоретично для встановлення об'єктивної сторони складу злочину — тяжкі тілесні ушкодження (ст. 121 КК України), що вчиняється шляхом бездіяльності, — можливо віднести такий випадок. Особа, яка заражена вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою (ст. 130 КК України) здійснила статевий зв'язок (природним або неприродним способом) з іншою особою, при цьому не виконуючи жодних дій. Ця особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (у цьому випадку бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання — прямий умисел (ч. 2 ст. 24 КК України). Сам факт зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою може бути однією з ознак тяжкого тілесного ушкодження — позбавлення потерпілого репродуктивної функції тощо. Однак навіть

зазначений приклад буде кваліфікуватися за сукупністю злочинів (ч. 1 ст. 121 та ч. 4 ст. 130 КК України). Тому залишається актуальним питання щодо можливості заподіяти умисне тяжке тілесне ушкодження шляхом бездіяльності.

Проблемним є також питання встановлення об'єктивної сторони у складі злочину, передбаченому у диспозиції ст. 126 «Побої і мордування» КК України. Вітчизняний законодавець у ч. 1 ст. 126 КК України встановив кримінальну відповідальність за завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій, які завдали фізичного болю і не спричинили тілесних ушкоджень.

Російські науковці при аналізі статті (ст. 116 КК Російської Федерації), у якій передбачено кримінальну відповідальність за побої виключають кримінальну відповідальність за таку одиничну дію, як удар. В. Веніамінов зазначає, що завдання ударів або вчинення інших насильницьких дій, які впливають на організм людини, розглядається як повний зміст об'єктивної сторони [1, 20]. Під ударом розуміють: 1) одноразовий вплив тупим предметом на тіло людини, що заподіяв фізичний біль [2, 389]; 2) різновид фізичного впливу на тіло людини, який полягає в одноразовому різкому сильному зіткненні тіла потерпілого з твердим предметом, рух якого ініційований винним [3, 79]; 3) одноразовий різкий вплив на тіло людини за допомогою певного предмета або частини тіла (руки, ноги, голови), що завдає фізичного болю [4, 314].

Існують різні визначення поняття «побої». Так, під ним розуміють: одноразове завдання потерпілому численних ударів [2, 389]; неодноразове (більше одного) нанесення ударів [3, 79]; багаторазове (два і більше) завдання ударів по тілу потерпілого, яке не спричинило тілесних ушкоджень [4, 314]. Побої — це нанесення ударів (найчастіше множинних) або інше заподіяння

фізичного болю, після яких не залишається видимих ушкоджень у вигляді порушень функцій органів людського організму або тілесних ушкоджень (синців, саден) тощо. Із зовнішньої сторони побої полягають у різноманітних активних діях [5, 108]. Також під побоями слід розуміти багаторазове (два або більше разів) нанесення ударів по тілу потерпілого, які спричинили фізичний біль та/або легку шкоду здоров'ю [6]. Останнє визначення, на нашу думку, має недолік, а саме — не може бути ознакою наслідку у ст. 126 КК України «легка шкода здоров'ю», бо це є ознакою ст. 125 (легке тілесне ушкодження) КК України.

Під іншими насильницькими діями у ст. 126 КК України слід розуміти: 1) фізичний вплив на людину (крім ударів та побоїв), що спричинили болісні відчуття (стискування частин тіла, виривання волосся тощо) [2, 389]; 2) будь-який вплив на тіло потерпілого, що відбувається проти його волі (викручування кінцівок, використання хімічних, термічних чи інших факторів, сторонніх предметів) [3, 79]; 3) інші, крім удару та побоїв, насильницькі дії, які можуть полягати, зокрема, у: щипанні, викручуванні кінцівок, защемленні тієї чи іншої частини тіла за допомогою будь-яких пристроїв, здушуванні шиї, вириванні волосся, дії на тіло термічними факторами тощо [2, 314].

Аналіз Постанови не дає роз'яснень термінам «удар», «побої», «мучення» та «інші насильницькі дії». У пункті 27 документа визначено лише процесуальні питання, а саме: встановлення наявності ознак особливої жорстокості, мучення, мордування, катування, знівечення обличчя віднесено до компетенції суду. Тому доречно запропонувати власні авторські визначення цих термінів.

*Удар* — це одноразовий зовнішній фізичний вплив на тіло іншої особи проти її волі за допомогою предмета, частин тіла, внаслідок чого спричинено фізичний біль та не заподіяно тілесних ушкоджень.

*Побої* — це багаторазове (два і більше) завдання особі ударів проти її волі, що спричиняють фізичний біль та не заподіяють тілесних ушкоджень.

*Інші насильницькі дії в ст. 126 КК України* — це такий фізичний вплив, що не відноситься до ударів та побоїв, який викликає фізичний біль, але не спричиняє тілесних ушкоджень. Інші насильницькі дії можуть вчинятися різними способами, що, в свою чергу, не впливає на кваліфікацію.

Кримінальна відповідальність за катування передбачена у ст. 127 КК України. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується: 1) діями у виді завдання побоїв, мучення або іншими насильницькими діями; 2) наслідками у вигляді заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання; 3) причинним зв'язком між зазначеними діями і наслідками [2, 390]. Ми вважаємо, що катування може вчинятися не лише дією, а й бездіяльністю, зазначену позицію підтримують й інші науковці [6]. Це впливає з того, що діяння при катуванні — це заподіяння побоїв, мучення або інших насильницьких дій. Безперечно, побої та мордування заподіюються шляхом дії, а мучення — як дією, так і бездіяльністю.

У правилах судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень від 17 січня 1995 р. № 6 (далі — Правила) зазначається, що заподіяння мук — це дії, спрямовані на тривале позбавлення людини їжі, пиття чи тепла, залишення її в шкідливих для здоров'я умовах та інші подібні дії (п. 3.2). Але це визначення містить словосполучення, які також потребують тлумачення, оскільки вважаються оціночними: «шкідливі для здоров'я умови», «інші подібні дії». На нашу думку, під шкідливими для здоров'я умовами можна вважати умови, які призводять до порушення нормального (здорового) функціонування організму людини. До таких умов можна віднес-

ти: тривалу ізоляцію особи, її розміщення у вологому приміщенні, приниження та ін. Саме тому словосполучення «інші подібні дії» доцільно було б вилучити із Правил.

Вітчизняні науковці під терміном «мучення» розуміють: «потерпілому спричиняються тяжкі страждання, для чого діють саме таким чином, щоб заподіяти, спричинити нестерпний фізичний біль» [7, 311–312]; «вони викликають не просто больові відчуття, що мають місце при кожному тяжкому тілесному ушкодженні, а заподіюють особливо сильний фізичний біль та страждання» [2, 52]. Отже, терміни «страждання» і «біль» використовуються у цих визначеннях як такі, що доповнюють один одного. Однак варто наголосити, що мучення заподіюються лише шляхом бездіяльності (тривале позбавлення їжі, пиття чи тепла; тривала ізоляція; розміщення у вологому приміщенні; приниження), що завдає особі лише фізичні страждання.

У науковій літературі при дослідженні «інших насильницьких дій» у ст. 127 КК України є намагання визначити, які саме дії можна віднести до цієї категорії. Тобто для визначення поняття «інші насильницькі дії» вчені не надають пояснення цьому терміну, а перераховують наслідки, які можуть завдати «інші насильницькі дії». Зокрема, О. Панчак до «інших насильницьких дій» відносить умисні середньої тяжкості тілесні ушкодження, легкі тілесні ушкодження, а також інше фізичне насильство, яке не охоплюється поняттями «побої» чи «мучення» і призводить до сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання [8]. Саме тому інші тілесні ушкодження (статті 122, 125 КК України) повністю охоплюються ст. 127 та додатковою кваліфікацією не потребують [9, 301]. На думку О. Денисової, «це дії, які не призвели до наслідків, вказаних у статтях 121, 122, 125 КК України, проте могли бути небезпечни-

ми для життя і здоров'я у момент спричинення» [10].

У теорії та на практиці по-різному розуміють «інші насильницькі дії» в ст. 127 КК України і просто наводять перелік можливих діянь: «погроза зброєю, застосування протигазу чи поліетиленового пакета для позбавлення можливості дихати, електричного струму, різні посягання на статеву недоторканість особи, дії, характерні для мордування, а також інші подібні дії, серед яких найбільш поширеними є підвішування тіла, придушування, обливання холодною водою, нацькування собак, тривала ізоляція, вплив на людину постійним і голосним звуком, примушування їсти неїстівні речовини, інсценування ампутації якогось органа чи розстрілу тощо. Такі дії супроводжуються стресом, почуттям жаху чи неспокою та здатні принизити особу, зламати її морально» [11, 56]; «викручування рук, стискування горла, статевих органів тощо» [4, 317]; «мордування, тобто дії, пов'язані з багаторазовим або тривалим спричиненням болю (щипання, шмагання, завдання численних, але невеликих ушкоджень тупими чи гостро колючими предметами, застосування термічних факторів тощо), посягання на статеву недоторканість, заподіяння тілесних ушкоджень» [2, 390]; «умисне легке та середньої тяжкості тілесне ушкодження, різні посягання на статеву недоторканість особи, дії, характерні для мордування, та інші, крім побоїв і мучення, форми насильства. Загалом термінологічний зворот «інші насильницькі дії» повинен тлумачитись якомога ширше, аби охопити собою усі можливі причини заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання» [4, 316].

Науковці об'єднали ці думки [12] та запропонували під «іншими насильницькими діями» у ст. 127 КК України розуміти «зовнішній фізичний (за винятком побоїв або мучення) чи пси-

хічний вплив на людину, що викликає у неї відчуття болю або фізичного чи морального страждання, здатний спричинити органічну, фізіологічну чи психічну травму (зокрема, зв'язування потерпілого, позбавлення його вільно пересуватись у просторі шляхом його ізоляції у певному приміщенні, застосування електричного струму, роздратовуючий вплив на нервову систему голосним звуком або світлом, неправомірне використання наручників, гумових кийків, сльозоточивого й паралітичного газу, протигазів, застосування електрошоку, підвішування тіла, придушування (мокре, сухе, хімічне), погрози застосування насильства, які супроводжуються демонстрацією знарядь для катування, жорстоке поводження щодо родича чи близької людини на очах потерпілого, щипання, виривання волосся, нанесення множинних ушкоджень тупими або гостроколючими предметами, припікання, сексуальне насильство, застосування нейролептичних, седативних, паралітичних препаратів тощо)» [13]. Проаналізувавши запропоноване визначення, можемо стверджувати про те, що, по-перше, автори не конкретизують, що біль при катуванні повинен обов'язково бути «сильним» і «фізичним» — це є законодавчою вимогою. Також науковці поділяють види придушування (мокре, сухе, хімічне). Попередньо вони зазначили про застосування сльозогінного й паралітичного газу, тоді незрозуміло, чому хімічне придушування не може включати в себе застосування перелічених видів газів, та чому обмежилися лише двома, залишаючи поза увагою інші можливі варіанти. По-друге, застосування електрошоку та електричного струму розглядаються як окремі, одна від одної, дії, хоча їх принцип однаковий. По-третє, автори виокремлюють

три види травм (органічна, фізіологічна, психічна), але залишається незрозумілим походження органічної травми, та навіщо її включили до цього переліку. Незрозуміло, як можна застосуванням седативних (лат. *sedatio* — заспокоєння) препаратів викликати будь-яку травму, адже при їх вживанні виникає загальне заспокоєння (так званий седативний ефект), байдуже ставлення до того, що відбувається довкола [14].

Проаналізувавши наукові праці, варто зазначити, що фактично неможливо зробити повний перелік «інших насильницьких дій» у ст. 127 КК України, які в подальшому б визначили межі цього словосполучення, тому основоположним критерієм для кваліфікації повинне бути діяння, яке завдає сильного фізичного болю, фізичних або моральних страждань із певною зазначеною в законі метою та не заподіяли тілесного ушкодження.

Здійснюючи аналіз злочинів проти здоров'я особи відповідно до КК України, не викликає сумнівів, що всі види умисних тілесних ушкоджень (ст. 121 «Умисне тяжке тілесне ушкодження», ст. 122 «Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження», ст. 125 «Умисне легке тілесне ушкодження» та ч. 1 ст. 126 «Побої і мордування») вчиняються лише шляхом дії. Об'єктивна сторона ст. 127 (катування) може бути вчинена як шляхом дії, так і бездіяльністю. Крім того, доречно розробити нову постанову «Про судову практику в справах про злочини проти здоров'я особи», тим самим відокремити ці злочини від злочинів проти життя та інших злочинів, склади яких передбачені у диспозиціях статей розділу II «Злочини проти життя та здоров'я особи» КК України, роз'яснити суперечливу термінологію для недопущення порушень матеріального та процесуального права в майбутньому.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Вениаминов В. Г.* Уголовная ответственность за побои и истязание : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / В. Г. Вениаминов. — Саратов, 2005. — 30 с.
2. *Кримінальний кодекс України*: наук.-практ. комент. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Київ, 2003. — 1196 с.
3. *Кримінальне право. Особлива частина* : підруч. / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. — 2-ге вид. — Київ, 2013. — 786 с.
4. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — 9-те вид. переробл. та допов. — Київ, 2012. — 1316 с.
5. *Загородников Н. И.* Преступления против здоровья / Н. И. Загородников. — М., 1969. — 168 с.
6. *Шульга А.* Деякі питання кримінальної відповідальності за катування / А. Шульга, В. Павликівський // *Юридичний радник*. — № 2005. — № 5. — С. 80–87.
7. *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* : у 2 т. — Київ, 2009. — Т. 1 / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. — 3-тє вид., переробл. та допов. — 964 с.
8. *Панчак О. Г.* Проблеми доктринального тлумачення статті 127 «Катування» Кримінального кодексу України / О. Г. Панчак // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали XII регіон. наук.-практ. конф. (м. Львів, 9–10 лютого 2006 р.). — Львів, 2006. — С. 375–377.
9. *Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий* / отв. ред. С. С. Яценко. — 3-е изд., испр. и доп. — Киев, 2004. — 1096 с.
10. *Денисова О. В.* Кримінальноправова характеристика об'єкта тортур і визначення місця даного складу в системі особливої частини КК України / О. В. Денисова // *Вчені записки Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського*. — 2007. — Т. 20 (59). — № 1. — С. 75–82.
11. *Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ* : навч. посіб. / за заг. ред. В. В. Коваленка ; за наук. ред. О. М. Джузи, А. В. Савченка. — Київ, 2011. — 648 с.
12. *Сердюк Л. В.* О понятии насилия в уголовном праве / Л. В. Сердюк // *Уголовное право*. — 2004. — № 1.
13. *Житний О. О.* Проблеми визначення конструкції складу злочину, передбаченого статтею 127 Кримінального кодексу України / О. О. Житний, Ю. О. Поліщук // *Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна*. — 2009. — № 1 (5). — С. 107–111.
14. *Все слова имеют смысл* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://vseslova.com.ua>

## REFERENCES

1. Veniaminov V. G. Ugolovnyaya otvetstvennost za poboi i istyazanie [Criminal liability for a beating and torture], Saratov, 2005, 30 p.
2. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal code of Ukraine], Kyiv, 2003, 1196 p.
3. Kryminalne pravo. Osoblyva chastyna [Criminal law. Special part], Kyiv, 2013, 786 p.
4. Naukovopraktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Scientific and practical comment of the Criminal code of Ukraine], Kyiv, 2012, 1316 p.
5. Zagorodnikov N. I. Prestupleniya protiv zdorovya [Crimes against health], Moskva, 1969, 168 p.
6. Shulha A., Pavlykivskiy V. Deiaki pytannia kryminalnoi vidpovidalnosti za katuvannia [Some questions of criminal liability for tortures], *Iurydychnyi radnyk*, 2005, no. 5, pp. 80–87.
7. Naukovopraktychnyi komentar do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [The scientific and practical comment to the Criminal code of Ukraine], Kyiv, 2009. vol. 1, 964 p.
8. Panchak O. H. Problemy doktrynalnoho tлумachennia stat'ii 127 «Katuvannia» Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Problems of doctrinal interpretation of the article 127 «Tortures» of the Criminal code of Ukraine], *Problemy derzhavotvorennia i zakhystu prav liudyny v Ukraini*, Lviv, 2006, pp. 375–377.
9. Ugolovnyy kodeks Ukrainy. Nauchno-prakticheskiy kommentariy [Criminal code of Ukraine. Scientific and practical comment], Kyiv, 2004, 1096 p.
10. Denysova O. V. Kryminalnopravova kharakterystyka ob'ekta tortur i vyznachennia mistsia danoho skladu v systemi osoblyvoi chastyny KK Ukrainy [The criminal and legal characteristic of a subject to tortures and definition of the place of this structure in system of a special part of CC of Ukraine], *Vcheni zapysky Tavriiskoho natsionalnoho universytetu im. V. I. Vernadskoho*, 2007, vol. 20 (59), no. 1, pp. 75–82.
11. Kvalifikatsiia zlochiniv, pidslidnykh orhanam vnutrishnikh sprav [Qualification of crimes, persons under investigation to lawenforcement bodies], Kyiv, 2011, 648 p.
12. Serdyuk L. V. O ponyatii nasiliya v ugolovnom prave [About a concept of violence of criminal law], *Ugolovnoe pravo*, 2004, no. 1.
13. Zhytniy O. O., Polishchuk Iu. O. Problemy vyznachennia konstrukttsii skladu zlochinu, peredbachenoho statteiu 127 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Problems of definition of a design of the actus reus provided by article 127 of the Criminal code of Ukraine], *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu im. V. N. Karazina*, 2009, no. 1 (5), pp. 107–111.
14. *Vse slova imeyut smysl* [All words make sense]. Available at: <http://vseslova.com.ua>

**Катеринчук К. Специфіка об'єктивної сторони окремих складів злочинів при посяганнях на здоров'я особи**

**Анотація.** Стаття присвячена проблемам термінології та визначенню змісту понять, що містяться у Кримінальному кодексі України. Також досліджена одна з обов'язкових ознак об'єктивної сторони складів злочинів проти здоров'я особи – діяння (дія та бездіяльність). Здійснений аналіз праць науковців, які займалися дослідженням цієї теми, наведено власне бачення вдосконалення закону про кримінальну відповідальність, а саме щодо злочинів проти здоров'я особи.

**Ключові слова:** побої, мордування, катування, зараження, діяння, дія, бездіяльність.

**Катеринчук Е. Специфика объективной стороны отдельных составов преступлений при посягательствах на здоровье лица**

**Аннотация.** Статья посвящена проблемам терминологии и определению содержания понятий, содержащихся в Уголовном кодексе Украины. Также исследован один из обязательных признаков объективной стороны составов преступлений против здоровья человека – деяние (действие и бездействие). Проведенный анализ работ ученых, занимавшихся изучением данной темы, приведено свое видение совершенствования уголовного закона, а именно о преступлениях против здоровья человека.

**Ключевые слова:** побои, истязания, пытки, заражение, деяния, действие, бездействие.

**Katerynchuk K. Specifics of the Objective Side of Separate Crime Components at Infringement on Health of the Person**

**Annotation.** The article is devoted to problems of terminology and definition of the content of the concepts contained in the Criminal Code of Ukraine. One of the essential characteristics of the objective side of the crimes against human health are also studied – act (action and inaction). The analysis of the work of scientists involved in this subject, given own vision for improving the criminal law, namely the crimes against human health.

**Key words:** beatings, torture, infection, act, action, inaction.

## КРИМІНОЛОГІЧНИЙ ПОРТРЕТ СУЧАСНОГО КОРУПЦІОНЕРА В УКРАЇНІ



**М. МАРЧЕНКО**  
*кандидат юридичних наук*

**К**орупція та протидія їй стали одним із ключових питань, на яке світовою спільнотою зверталася увага на останньому Тринадцятому конгресі Організації Об'єднаних Націй із запобігання злочинності й кримінального правосуддя (Катар, м. Доха, 2015 р.) [1]. Проблема корупції є надзвичайно важливою для України, адже у чинному законодавстві вказане негативне соціальне явище визнається найбільш актуальною загрозою національній безпеці нашої держави через поширення корупції та її укорінення в усіх сферах державного управління [2]. Від успіху запобігання корупції залежить не лише процвітання країни та добробут громадян, а й фактично майбутнє нашої держави: унітарність, збереження конституційного ладу і територіальної цілісності. Ця теза набула гостроти останні декілька років в умовах війни на сході України.

За оцінками кримінологів, протягом 2013–2016 рр., зважаючи на створення у нашій країні низки нових антикорупційних органів, простежується скорочення як загального рівня злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з надан-

ням публічних послуг (10,6 %), так й основних корупційних проявів, передбачених статтями 364–368 Кримінального кодексу України (далі – КК України) (зниження від 6,2 % до 25,2 %) [3]. Ці цифри вказують, з одного боку, на нестабільність динаміки корупційних злочинів, а з другого – на неефективність діяльності суб'єктів у сфері протидії корупції, а також необхідність подальших теоретичних розробок зазначеної проблематики.

Корупція вже давно не розглядається науковцями і практиками спрощено – як певний прояв злочинності. Вона визнається більшістю учених комплексною міждисциплінарною проблемою, що має місце в усіх сферах державного управління, детермінована сукупністю різних за характером причин й умов, стосується діяльності багатьох правоохоронних органів. Слід погодитися із О. Костенко, що не можна протидіяти злочинності лише усуваючи її умови й одночасно ігноруючи корінні причини. Аналогічно, не можна запобігати корупції в Україні тільки застосуванням певних, хоча і різноманітних, адміністративних заходів. Для ліквідації соціальної причини корупції



потрібне відповідне соціальне реформування держави: аби громадянам стало вигідно жити і працювати чесно [4]. Важко не погодитися з такою позицією. Ще важче не погодитися з тезою, що детермінування корупції залежить від носіїв злочинної мотивації, якими у більшості корупційних кримінальних правопорушень є службові особи різних органів державної влади і місцевого самоврядування. І від кримінологічного вивчення таких осіб, урахування низки їх соціально-демографічних, кримінально-правових й морально-психологічних ознак залежить загалом успіх антикорупційної політики держави. Висловлюючись образно, антикорупційні органи мають знати «в обличчя» реальних і потенційних злочинців-корупціонерів.

Для здійснення кримінологічного дослідження злочинців-корупціонерів пропонується використати офіційну звітність Державної судової адміністрації України за 2015–2016 рр. (Форма 7. Звіт про склад засуджених). Причому аналіз буде здійснений на підставі статей 364–368 КК України, оскільки на їх частку припадає 75 % усіх засуджених за злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Використовуватимуться й результати інших наукових досліджень з цієї проблематики.

Вивчення судової статистики про склад засуджених осіб, винних у вчиненні злочинів, передбачених указаними статтями, дозволяє констатувати, що переважна більшість із них (76,2 %) є чоловіками, тоді як кожним четвертим корупціонером є жінка. Причому найбільша частка злочинців жіночої статі припадає на кримінальні правопорушення, передбачені у ст. 366 КК України (36,8 %) [5]. Велику питому вагу чоловіків у структурі корупціонерів можна пояснити їх традиційним переважанням на керівних та інших посадах в органах державної влади й місцевого самоврядування.

Вікова структура злочинців-корупціонерів в Україні виглядає так: 18–25 років — 5 %; 26–30 років — 12,8 %; 31–50 років — 48,1 %; 51–65 років — 30,6 %; 66 років і старше — 3,5 % [5]. Звідси випливає, що найчастіше корупційні злочини вчиняють особи зрілого віку від 31 до 50 років. Службові особи саме цієї вікової групи становлять своєрідний кістяк чиновницького апарату нижньої, середньої й вищої ланок державного управління.

За показником громадянства домінують громадяни України, на яких припадає 99,4 % злочинців [5]. Це пояснюється вимогами законодавства України про державну службу до службових осіб, які в обов'язковому порядку мають бути громадянами України.

Освітній рівень корупціонерів дозволяє зробити певні висновки не лише щодо кадрових вимог до претендентів на вакантні посади в органах державної влади й органах місцевого самоврядування, а й відносно рівня їх інтелектуального розвитку, певних знань і навичок у сфері професійної діяльності. Останні злочинці можуть використовувати як для виконання службових обов'язків, так і для вчинення злочинів корупційної спрямованості, ускладнення механізму злочинної діяльності, вироблення нових способів учинення злочинів, знищення їх слідів тощо. Освітній рівень корупціонерів показує, що серед них переважають особи, які мають повну вищу освіту (71,2 %). Базову вищу освіту має 6,7 % осіб, професійно-технічну — 11,9 % винних, повну загальну середню — 9,6 % злочинців, а базову загальну середню — 0,6 % корупціонерів [5].

Структура засуджених злочинців за зайняттям на момент вчинення злочину свідчить, що майже половина з них (47,9 %) належить до категорії службовців, при цьому державним службовцем є майже кожний третій корупціонер (34,8 %). Військовослужбовцями,

за даними судової статистики, є 3,6 % таких злочинців, лікарями — 5,2 %, викладачами — 2,3 % осіб, на інші категорії злочинців припадає 6,2 % корупціонерів [5].

Однією з найбільш значущих із кримінологічного погляду є інформація про місце роботи засуджених на момент учинення злочину. Хоча такі відомості відсутні в офіційній судовій статистиці, можна скористатися результатами емпіричного дослідження корупційних злочинів, проведених останнім часом в Україні. Так, серед поширених корупційних злочинів є ті, що передбачені у ст. 368 КК України і пов'язані з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням неправомірної вигоди службовою особою. Такі особи на момент учинення злочину працювали: в органах внутрішніх справ — 11,2 %; у сільській раді — 10,5 %; у закладі охорони здоров'я — 8,9 %; у комунальному підприємстві — 7,3 %; у вищому навчальному закладі — 5,0 %; в органі Державної фіскальної служби України — 5,0 %; у школі, дошкільному закладі — 5,0 %; на державному підприємстві — 3,3 %; у військовому комісаріаті — 2,3 %; в органі Державної виконавчої служби України — 2,3 %; у районній державній адміністрації — 2,3 %; в органі (установі) виконання покарання — 2,3 %; на митниці — 1,7 %; у бюро технічної інвентаризації — 1,7 %; у лісовому господарстві — 1,7 %; інше — 29,5 % [6, 72]. Зважаючи на представлену структуру, основна увага правоохоронних органів у боротьбі з корупцією в Україні має приділятися системі кримінальної юстиції, органам місцевого самоврядування й медичній сфері.

Кримінально-правова структура особи злочинця-корупціонера вказує, крім того, що у складі групи вчиняють злочини 14 % винних, а у складі організованої злочинної групи — лише 1,7 % осіб. За даними судової статистики, в Україні не виявлено жодного злочинця, який би вчинив корупцій-

ний злочин у складі злочинної організації [5].

Безперечно, офіційна статистична інформація неадекватно відображає реальний стан корупції та рівень її організованості у нашій країні, оскільки традиційно це явище відноситься до найбільш латентних різновидів незаконної діяльності. За оцінками учених, рівень латентності корупції може сягати 95–99 %. Це означає, що органи кримінального переслідування на практиці мають справу лише з 1–5 % реально вчинених корупційних злочинів. Що стосується організованої корупційної злочинності, то її прихованість є надзвичайно високою через низку обставин, зокрема:

а) недоступність корупції у вищих ешелонах державної влади для правоохоронних органів й системи кримінального правосуддя;

б) високий соціальний статус корупціонерів (представників Адміністрації Президента України, Кабінету Міністрів України, керівників центральних органів виконавчої влади, народних депутатів тощо), які обіймають різні посади категорії «А» державної служби і є представниками так званої елітарної корупції;

в) великі владні повноваження корупціонерів, які представляють вищий щабель державного управління, їх вплив на кадрові призначення у силових відомствах (Міністерство внутрішніх справ України, Національна поліція України, Генеральна прокуратура України, Спеціалізована антикорупційна прокуратура, Національне антикорупційне бюро України, Національне агентство з питань запобігання корупції та ін.).

Морально-психологічна характеристика особи злочинця-корупціонера впливає із корисливої мотивації та спрямованості таких осіб на незаконне збагачення. Ґрунтуючись на поширеному уявленні про психологічні якості корисливих злочинців, можна конста-

тувати, що їм властивий широкий набір потреб: від вітальних — до потреб у самоактуалізації. Зрозуміло, що потреби корупціонерів залежать від їх соціального статусу, посади, яку вони обіймають, обсягу владних повноважень, кола спілкування. Відповідно, злочинці, які працюють в органах державної влади нижньої ланки, мають переважно вітальні потреби (в їжі, придбанні інших необхідних речей повсякденного вжитку як для себе, так і для членів родини). Корупціонери, які обіймають керівні посади у вищих органах державної влади, мають відмінний набір потреб: кар'єристські амбіції, жадоба влади, грошей, високого соціального статусу. Рівень указаних потреб визначає злочинний «апетит» злочинців і загалом ступінь їх суспільної небезпечності. Більшість винних у вчиненні корупційних злочинів мають установку на незаконне збагачення, використання посади, яка ними обіймається, і свої владні повноваження у власних корисливих цілях. Для таких осіб властиві й певні риси характеру: ризикованість, рішучість, авантюризм, комунікативність, достатньо високий рівень інтелектуального розвитку тощо.

Необхідно зазначити, що більшість перелічених вище кримінологічних ознак сучасного корупціонера в Україні кореспондується із загальним кримінологічним портретом такого злочинця у сусідніх країнах: чоловік віком 30–49 років, юрист зі стажем роботи в органах влади 3–5 років, орієнтований на модель життєвого успіху будь-якою ціною. Найбільше занепокоєння у нього викликає перспектива руйнації складеної системи «негативного» кадрового відбору, коли на вищі посади призначаються не за компетенціями, а за іншими мотивами [7]. Як бачимо, схожість суспільної споживацької психології, пов'язаної зі схваленням культу грошей і матеріального достатку, як в Україні, так і в інших країнах постра-

дянського простору, визначають загальну спрямованість населення і чиновницького апарату цих держав та засобів її досягнення, які не завжди є законними.

Спроби розробити образ типового злочинця-корупціонера на підставі матеріалів слідчої практики здійснюються і з боку деяких суб'єктів антикорупційної діяльності. Так, за узагальненням, проведеним детективами Національного антикорупційного бюро України, цей образ виглядає так: чоловік віком 37 років і старше, одружений, має двох дітей, зразковий сім'янин. Виховувався у неповній і незаможній родині, тому у дитинстві сформувалися певні приховані комплекси матеріальної неповноцінності, які вплинули на появу злочинної мотивації. Матеріальний стан таких осіб є набагато вищим, аніж вказано у декларації про майновий стан і доходи (декілька будинків, квартир, земельних ділянок, дорогі іномарки, записані на підставних осіб). Середній розмір неправомірної вигоди, що одержується, сягає 5–10 млн грн, а іноді навіть набагато більше. Поряд із мільйонними рахунками у банківських установах за кордоном нерідко мають місце схованки золота, антикваріату й валюти за місцем проживання. Стилем життя таких осіб є автомобілі преміум-класу темних кольорів, неяскраві брендові ділові костюми, елітні аксесуари, що не впадають в око, однак які можуть достойно бути оцінені представниками з ближнього, часто корупційного, оточення. Політичні уподобання не афішуються, однак такі злочинці намагаються бути ближче до правлячої еліти та великих фінансових потоків, що незаконно розподіляються між вузьким колом осіб. Серед аналізованих злочинців часто можна зустріти меценатів і благодійників. Нерідко мають власне хобі, яке є частиною їх престижу: спорт, верхова їзда, колекціонування. Відрізняються крайньою недовірою і підозрілістю навіть до близьких осіб.

Нові знайомства заводяться ґрунтуючись виключно на матеріальній зацікавленості. Віддають перевагу спілкуванню з особами, з якими пов'язані корупційними зв'язками [8]. Можна констатувати, що наведений опис стосується найбільш суспільно небезпечної частини представників елітарної організованої корупційної злочинності, до якої відносяться корупціонери, які обіймають посади категорії «А» державної служби у вищих органах державної влади і місцевого самоврядування.

За підсумками діяльності з протидії злочинам корупційної спрямованості у 2016 р. Національна поліція України анонсувала власне уявлення про сучасних українських корупціонерів. До них відносяться депутати селищних рад усіх рівнів, державні службовці мерій та обласних державних адміністрацій, працівники судів, органів прокуратури, медики, викладачі. Середній розмір неправомірної вигоди, що одержують такі службовці, сягає 60 тис. грн. А розмір найбільшої неправомірної вигоди, за одержання якої службовець був викритий Національною поліцією України у 2016 р., дорівнює 225 тис. дол. Її одержав директор однієї будівельної компанії у Херсонській області за неперешкодження діяльності житлово-будівельного кооперативу та виконання умов договору. Загальна сума неправомірних вигод, які намагалися одержати злочинці та про які дізналися правоохоронні органи протягом 2016 р., становила 37 млн грн. Правоохоронці зазначають, що посилення антикорупційної діяльності в Україні зумовило більшу обережність корупціонерів, підняття ними неофіційних ставок злочинних винагород за виконання або невиконання певних владних повноважень у зв'язку з підвищенням ризикованості корупційної діяльності. Поширеною є ситуація, коли злочинці використовують послуги так званих фірм-одноденок, відкривають рахунки

на підставних осіб, надають послуги різного характеру [9]. Все це здійснюється для того, аби максимально приховати сліди корупційної діяльності та убезпечити себе й інших співучасників від притягнення до кримінальної відповідальності. На основі наведеної інформації можна сказати, що органи Національної поліції України мають здебільшого справу з низовими, рідше — з середніми, ланками державного корупційного чиновницького апарату, на відміну, наприклад, від Національного антикорупційного бюро України та деяких інших органів, які викривають елітарних корупціонерів.

Підсумовуючи викладене, можна дійти таких висновків:

1) загальний кримінологічний портрет сучасного корупціонера в Україні виглядає так: чоловік у віці 31–50 років, з вищою освітою, громадянин України, українець, одружений, має дітей, працює у правоохоронній, медичній сфері, рідше — в органах місцевого самоврядування, обіймає посаду категорії «В» державної служби, тобто працює в органах державної влади низового рівня. Злочин вчиняється одноособово. Відзначається спрямованістю на незаконне збагачення для задоволення нужденних потреб;

2) кримінологічний портрет сучасного корупціонера певним чином спотворений, адже відображає здебільшого відповідні ознаки тих злочинців, які найчастіше потрапляють у поле зору правоохоронних органів. Тому «офіційний» образ корупціонера має відносно невисокий соціальний і професійний статус;

3) у різних органах кримінальної юстиції є власне уявлення про збірний образ злочинця-корупціонера. Це зумовлено їх правовим статусом і тим, що вони у своїй діяльності виявляють різні категорії злочинців;

4) кримінологічний портрет сучасного корупціонера значно змінився протягом останніх 10–15 років, оскільки

ки до кримінальної відповідальності стали частіше притягатися службові особи, які обіймають посади категорії «Б» державної служби, тоді як ще у недалекому минулому вони були недосяжними для системи правосуддя;

5) для підвищення ефективності антикорупційної діяльності її суб'єкти мають звертати увагу передусім на службові зловживання на рівні вищих ешелонів державної влади з боку службових осіб, які обіймають посади категорії «А» державної служби.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Draft Doha Declaration on integrating crime prevention and criminal justice into the wider United Nations agenda to address social and economic challenges and to promote the rule of law at the national and international levels, and public participation / Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Doha, 12–19 April 2015)*. 13 p.
2. *Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України»* : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/287/2015>.
3. *Колодяжний М.* Стратегії протидії корупції у діяльності органів правосуддя / *М. Колодяжний // Право України*. — 2017. — № 1. — С. 37–44.
4. *Костенко О. М.* Концепція причин і умов злочинності в сучасній кримінології / *О. М. Костенко // Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи : матеріали Міжнар. наук. конф., присвяч. 50-річчю кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права (м. Харків, 9 грудня 2016 р.) / за ред. В. Я. Тація, Б. М. Головкина*. — Харків, 2016. — С. 15–17.
5. *Судова статистика Державної судової адміністрації України про засуджених осіб у 2015–2016 рр. (Форма 7)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka](http://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka)
6. *Григор'єв Р. Г.* Кримінологічна характеристика прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою та заходи запобігання їм в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Григор'єв Руслан Геннадійович. — Харків, 2016. — 249 с.
7. *Тавокин Е. П.* Коррупция в системе государственной службы / *Е. П. Тавокин, О. В. Широкова, Ж. А. Шишова // Мониторинг общественного мнения: экономические и социальные перемены*. — 2014. — № 1. — С. 70–86.
8. *Чепурко В.* Из чего состоит типичный коррупционер: портрет от НАБУ / *В. Чепурко // Комсомольская правда в Украине*. — 2017. — № 2628. — 3 апреля.
9. *Від медиків до суддів. В Нацполіції представили портрет та «вартість» середньостатистичного корупціонера в Україні* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://nv.ua/ukr/ukraine/events/natspolitsijipredstaviliportrettavartisterednostatistichnogokoruptsioneravukrajini288056.html>

#### REFERENCES

1. *Draft Doha Declaration on integrating crime prevention and criminal justice into the wider United Nations agenda to address social and economic challenges and to promote the rule of law at the national and international levels, and public participation, Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Doha, 12–19 April 2015)*, 13 p.
2. *Pro rishennia Rady natsionalnoi bezpeky i oborony Ukrainy vid 6 travnia 2015 roku «Pro Stratehiiu natsionalnoi bezpeky Ukrainy»*: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 26 travnia 2015 r. № 287/2015 [About the decision of the National Security and Defense Council of Ukraine of May 6, 2015 «About the Strategy of a homeland security of Ukraine»: The presidential decree of Ukraine of May 26, 2015 № 287/2015]. Available at: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/287/2015>
3. *Kolodiaznyi M.* Stratehii protydii koruptsii u diialnosti orhaniv pravosuddia [The strategy of anti-corruption in activity of judicial bodies], *Pravo Ukrainy*, 2017, no. 1, pp. 37–44.
4. *Kostenko O. M.* Kontseptsiiia prychn i umov zlochynnosti v suchasni kryminolohii [The concept of the reasons and conditions of crime in modern criminology], *Suchasna kryminolohiia: dosiahnennia, problemy, perspektyvy*, Kharkiv, 2016, pp. 15–17.
5. *Sudova statystyka Derzhavnoi sudovoi administratsii Ukrainy pro zasudzhenykh osib u 2015–2016 rr. (Forma 7)* [Legal statistics of Public judicial administration of Ukraine about the condemned persons in 2015–2016. (Form № 7)]. Available at: [http://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka](http://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka)
6. *Hryhoriev R. H.* Kryminolohichna kharakterystyka pryiniattia propozytzii, obitsianky abo oderzhannia nepravomirnoi vyhody sluzhbovoiu osoboio ta zakhody zapobihannia im v Ukraini [The criminological characteristic of adoption of the offer, the promise or obtaining illegal benefit by the public official and measures of prevention in Ukraine], Kharkiv, 2016, 249 p.
7. *Tavokin E. P., Shirokova O. V., Shishova Zh. A.* Korruptsiya v sisteme gosudarstvennoy sluzhby [Corruption in system of public service], *Monitoring obshchestvennogo mneniya: ekonomicheskije i sotsialnye peremeny*, 2014, no. 1, pp. 70–86.

8. Shepurko V. Iz chego состоit tipichnyy korruptsioner: portret ot NABU [What is the typical corrupt official consists of: a portrait from NABU], *Komsomolskaia pravda v Ukraine*, 2017, no. 2628, 3 aprelya.
9. Vid medyktiv do suddiv. V Natspolitsii predstavly portret ta «vartist» serednostatystychnoho koruptsionera v Ukraini [From doctors to judges. National police presented a portrait and «value» of the average corrupt official in Ukraine]. Available at: <http://nv.ua/ukr/ukraine/events/natspolitsijipredstaviliportret-tavartisterednostatistichnogokoruptsioneravukrajini288056.html>

**Марченко М. Кримінологічний портрет сучасного корупціонера в Україні**

**Анотація.** У статті на підставі вивчення офіційних статистичних даних судових і правоохоронних органів проведений кримінологічний аналіз осіб, винних у вчиненні корупційних злочинів. Досліджено їх соціально-демографічні, кримінально-правові й морально-психологічні ознаки. Це дало змогу здійснити загальне уявлення про кримінологічний образ сучасного злочинця-корупціонера в Україні.

**Ключові слова:** корупція, корупціонер, злочинець, кримінологічний портрет.

**Марченко М. Криминалогический портрет современного коррупционера в Украине**

**Аннотация.** В статье на основе официальных статистических данных судебных и правоохранительных органов проведен криминалогический анализ лиц, виновных в совершении коррупционных преступлений. Исследованы их социально-демографические, уголовно-правовые и морально-психологические признаки. Это дало возможность сделать общее представление о криминалогическом образе современного преступника-коррупционера в Украине.

**Ключевые слова:** коррупция, коррупционер, преступник, криминалогический портрет.

**Marchenko M. Criminological Portrait of the Modern Corrupt Official in Ukraine**

**Annotation.** In article on the basis of official statistical these judicial and law enforcement agencies the criminological analysis of the persons guilty of commission of corruption crimes is carried out. Their social and demographic, criminal and legal and moral and psychological signs are investigated. It gave the chance to make general idea about a criminological image of the modern corruptionist criminal in Ukraine.

**Key words:** corruption, corrupt official, criminal, criminological portrait.

## ПИТАННЯ ВЕРИФІКАЦІЇ ТА ВАЛІДАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: МЕТОДИ ПІЗНАННЯ НЕВЕРБАЛЬНОЇ ІНФОРМАЦІЇ



**О. ВАЩУК**  
*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри криміналістики  
Національного університету  
«Одеська юридична академія»*

Використання термінів «верифікація» та «валідація» у науковій сфері обумовлюється їх специфічним значенням, багатоаспектністю і термінологічним змістом. Вони поширені у багатьох наукових розробках (верифікація лікарських препаратів), практичній діяльності (електронне обслуговування банківських карток, онлайн-сервіси оплати послуг тощо). Використання їх у кримінальному провадженні обумовлено розвитком у криміналістиці вчення про невербальну інформацію, яке застосовує саме ці терміни, з одного боку, для перевірки істинності виявлених обставин або достовірності отриманої інформації, а з другого — для перевірки законності і допустимості з точки зору процесуальних норм, криміналістичних правил і рекомендацій [1, 45].

Проте в контексті нашого дослідження ми розглядатимемо верифікацію та валідацію не як процес (процедуру, підхід тощо), а як окремі методи перевірки інформації під час кримі-

нального провадження. Увагу слід звернути передусім на їхнє співвідношення, виявити особливості, які дозволяють використовувати їх саме у ролі методів опрацювання інформації в межах кримінального провадження.

Питання верифікації та валідації інформації у кримінальному провадженні актуалізувалися порівняно нещодавно. Зокрема, цьому сприяло набуття чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом (далі — КПК України) у 2012 р.

Проблематикою опрацювання інформації займалися відомі вчені — Ю. Алєнін, О. Баєв, Р. Белкін, О. Васильєв, А. Вінберг, В. Громов, А. Дулов, Є. Іщенко, І. Когутич, В. Коновалова, Г. Матусовський, В. Образцов, М. Погорецький, В. Шепітько, В. Тіщенко, М. Яблоков та ін. У контексті нашого дослідження інтерес становлять праці О. Крикунова, Н. Максимішиної, К. Бєляєвої, І. Піріг, але жодна із них комплексно не розкриває специфіки

методів верифікації та валідації інформації у кримінальному провадженні.

Звісно, загальновідомий той факт, що обидві форми розгляду (як досудове розслідування, так і судове провадження) є засобом збору, фіксації та перевірки доказової, орієнтуючої інформації, що має значення для кримінального провадження. Як ми неодноразово зазначали, учасники кримінального провадження обробляють та оцінюють інформацію, яка отримується ними в процесі комунікації (вербальної і невербальної). Тому важливою є оцінка учасниками провадження отриманої інформації, зокрема невербальної. Ця оцінка відбувається за допомогою методів верифікації та валідації.

Метою статті є розкриття сутності і місця верифікації та валідації у судовому провадженні як криміналістичних методів, виокремлення у цих поняттях спільного й відмінного.

«Верифікація» та «валідація» на перший погляд є словами-синонімами, але вони суттєво відрізняються за своїм значенням і колом питань. Продемонструємо це на прикладі проведення процесуальних дій у межах кримінального провадження.

Верифікація — криміналістичний метод у кримінальному провадженні, що дозволяє здійснити індивідуальну інформаційну взаємодію його учасників, в якій реалізується головна мета зі встановлення істини у кримінальному провадженні (відповідності отриманих результатів сутності події, що мала місце) [2], а валідація — криміналістичний метод у кримінальному провадженні щодо підтвердження дотримання процесуальних норм та відповідності криміналістичним правилам і рекомендаціям ходу та результатів кримінального провадження. Таким чином, верифікація на практиці проводиться майже завжди шляхом зіставлення відповідності встановлених (уявних і реальних) обставин ходу та результатів злочинної події, що мала місце. Валідація,

у свою чергу, проводиться шляхом аналізу дотримання вимог процесуального закону, криміналістичних правил і рекомендацій у ході розслідування та отриманого результату.

Відповідно до такого погляду на наведені методи можна виокремити такі їх елементи:

1. Об'єктивний — процесуальні норми, криміналістичні правила та рекомендації, ситуаційна обстановка досудового розслідування й судового провадження, тобто кримінального провадження загалом;

2. Суб'єктивний — діяльність учасників кримінального провадження, що базується на інформаційно-пізнавальних та організаційно-тактичних методах і засобах її реалізації [4, 114–128].

Ефективність застосування зазначених методів залежить від їх належного поєднання. При цьому об'єктивна складова є передумовою правильного вирішення завдань кримінального провадження. Водночас досягнення адекватного результату розслідування залежить, головним чином, від знань та вмінь, практичних навичок слідчого й інших учасників кримінального провадження.

Говорячи про властивості верифікації та валідації у кримінальному провадженні, слід зазначити, що обидва методи мають одні й ті самі властивості, проте вираження їх різняться. Тому пропонуємо розглянути властивості верифікації та валідації на основі їхніх спільних властивостей.

*Інформативність:* верифікація — перевірка достовірності інформації щодо відповідності дійсності у судовому провадженні, а валідація — перевірка інформації щодо дотримання процесуальних норм, криміналістичних правил і рекомендацій у судовому провадженні. Тобто верифікація виявляє необхідність валідації, а без валідації, в свою чергу, не можна провести верифікацію.

*Об'єктивність:* верифікація має місце у ході судового провадження та його



матеріально-фіксованих результатах, а валідація — у ході та результатах судового провадження. З цього випливає, що верифікація та валідація залежно від об'єктності в більшості випадків перетинаються.

*Засоби:* верифікація відбувається щодо інформації, що є в наявності (обвинувальний акт, клопотання тощо), а валідація — щодо процесуальних норм, криміналістичних правил і рекомендацій. Тому, як і залежно від інформативності, верифікація залежить від самої інформації, що надходить у ході судового провадження, а валідація має більш сталий характер через нормативну визначеність.

*Суб'єкт:* верифікацію здійснюють учасники судового провадження (сторони кримінального провадження, потерпілий, його законний представник і представник, цивільний відповідач і його представник та інші особи у випадках, передбачених КПК України). Валідацію інформації проводять також учасники судового провадження, з чого випливає, що за суб'єктністю верифікація та валідація збігаються.

*Процесуальна відповідність:* верифікація — об'єктивна оцінка відповідності ходу та результатів судового провадження події, що мала місце з врахуванням індивідуальних якостей та властивостей учасника судового провадження, а валідація — об'єктивна оцінка відповідності ходу та отриманих результатів процесуальним нормам із врахуванням індивідуальних якостей та властивостей учасника судового провадження. У цьому випадку верифікація та валідація повністю залежать від одного фактору — індивідуалізованого сприйняття ходу та результатів судового провадження учасниками судового провадження, але верифікація стосується зіставлення інформації щодо події, а валідація — щодо дотримання процесуальних норм (зокрема й під час проведення верифікації).

*Криміналістична відповідність:* верифікація — об'єктивна оцінка відповідності ходу та результатів судового провадження події, що мала місце із врахуванням індивідуальних якостей та властивостей учасника судового провадження; валідація — об'єктивна оцінка відповідності ходу та отриманих результатів криміналістичним правилам і рекомендаціям із врахуванням індивідуальних якостей та властивостей учасника судового провадження. З цього випливає, що, аналогічно попередній залежності, верифікація та валідація повністю залежать від сприйняття ходу та результатів судового провадження учасниками судового провадження, але верифікація стосується зіставлення інформації щодо події, а валідація — щодо дотримання криміналістичних правил і рекомендацій (зокрема й під час проведення верифікації).

*Статистичність:* верифікація є статистичним дослідженням (зіставлення, порівняння, аналіз тощо), а валідація також статистично характеризує (зіставлення, порівняння, аналіз тощо), що вказує на рівноцінну роль валідації та верифікації у судовому провадженні.

*Динамічність:* верифікація — динамічне дослідження (проведення додаткових та повторних процесуальних дій у ході судового провадження тощо); валідація — динамічне дослідження (проведення додаткових і повторних процесуальних дій у ході судового провадження тощо). Отже, як і в попередньому пункті, верифікація та валідація інформації у судовому провадженні являють собою не стабільні явища, а такі, що динамічно змінюються залежно від необхідності проведення певних дій.

*Сферність:* верифікація здійснюється у судовому провадженні у першій інстанції, судовому провадженні з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, Верховним Судом України, а також за нововиявле-

ними обставинами, особливі порядки кримінального провадження, виконання судових рішень, а валідація — у судовому провадженні у першій інстанції, судовому провадженні з перегляду судових рішень, особливих порядках кримінального провадження, виконання судових рішень. З цього випливає, що залежно від стадії судового провадження верифікація та валідація здійснюються відповідно до КПК України.

*Результативність:* верифікація визначає достовірність чи недостовірність (істинність-неістинність) інформації щодо відповідності дійсності (події, що мала місце), а валідація — дотримання чи недотримання процесуальних норм, криміналістичних умов та рекомендацій. Тобто верифікація та валідація забезпечують здійснення одне одного, і верифікація, так би мовити, передує валідації в контексті отримання результатів судового провадження.

За допомогою верифікації учасник кримінального провадження перевіряє, чи відповідають встановлені обставини ходу та результатам події, що мала місце. А завдяки валідації може впевнитися, що хід та результати відповідають процесуальним нормам, криміналістичним правилам і рекомендаціям, а завдання кримінального провадження виконані на належному рівні. На практиці суттєві відмінності між верифікацією та валідацією проявляються залежно від учасників кримінального провадження (якісно-кількісні показники).

Наведемо приклад типової верифікації. Завдання: верифікувати хід та результати будь-якої слідчої (розшукової) дії й використати її результати у подальшому у досудовому розслідуванні та у судовому провадженні. Засоби: інформація, що є в наявності (протоколи, акти, відгуки, характеристики, показання, висновки експертизи тощо). Процес: перевірка відповідності отриманої інформації події, що мала місце. Результат верифікації: відповід-

ність (невідповідність) отриманої інформації ходу слідчої (розшукової) дії, фіксації її результатів.

Наведемо приклад типової валідації. Завдання: валідація результатів будь-якої слідчої (розшукової) дії та використання її результатів у подальшому на досудовому розслідуванні та у судовому провадженні. Засоби: процесуальні норми, криміналістичні правила й рекомендації. Процес: перевірка дотримання засобів у ході слідчої (розшукової) дії та при фіксації її результатів. Результат валідації: відповідність (невідповідність) засобам ходу слідчої (розшукової) дії та фіксації її результатів.

Як висновок, верифікація відповідає на загальне запитання: «Чи відповідає процес конкретного кримінального провадження події, що мала місце?», а валідація на запитання: «Чи відповідає досудове розслідування чи судове провадження процесуальним нормам, криміналістичним правилам та рекомендаціям?».

Отже, верифікація — це метод підтвердження того, що хід та результати досудового розслідування й судового провадження відповідають дійсним обставинам події, що мала місце. А валідація — це метод перевірки того, чи правильно та в повному обсязі дотримані процесуальні норми, криміналістичні правила і рекомендації на досудовому розслідуванні та у судовому провадженні. Тому може виникнути ситуація, коли досудове розслідування закінчене, виявлено винну особу, однак притягнути її до відповідальності неможливо в зв'язку з порушенням норм КПК України на досудовому розслідуванні.

Підсумовуючи, варто зазначити про таке. Дослідження співвідношення верифікації та валідації на досудовому розслідуванні та у судовому провадженні надало можливість виокремити спільне та відмінне між цими криміналістичними методами залежно від їх

властивостей. Крім того, окрему увагу приділено їх складовим у кримінальному провадженні. Загалом верифікація та валідація взаємопов'язані у межах кримінального провадження та завжди

мають застосовуватися у нерозривному зв'язку, оскільки верифікація має на меті перевірку фактів, а валідація — перевірку дотримання коректності верифікації зокрема.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Ващук О. П.* Співвідношення верифікації та валідації в кримінальному провадженні / О. П. Ващук // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. — 2016. — № 1. — С. 45–48.
2. *Ващук О. П.* Верифікація при проведенні обшуку / О. П. Ващук // Юридична наука: проблеми та досягнення : матеріали міжнар. наук.-практ. інтернет-конференції. — Тернопіль, 2013. — С. 37–40.
3. *Ващук О. П.* Прийоми верифікації даних при проведенні слідчих (розшукових) дій / О. П. Ващук // Право і суспільство. — 2013. — Вип. 6. — С. 293–298.
4. *Тіщенко В. В.* Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів / В. В. Тіщенко. — Одеса, 2007. — 260 с.

#### REFERENCES

1. *Vashchuk O. P.* Spivvidnoshennia veryfikatsii ta validatsii v kryminalnomu provadzhenni [Ratio of verification and validation in criminal proceedings], *Visnyk Vyshchoi kvalifikatsiinoi komisii suddiv Ukrainy*, 2016, no. 1, pp. 45–48.
2. *Vashchuk O. P.* Veryfikatsiia pry provedenni obshuku [Verification during execution a search], *Iurydychna nauka: problemy ta dosiahnennia*, Ternopil, 2013, pp. 37–40.
3. *Vashchuk O. P.* Priiomy veryfikatsii danykh pry provedenni slidchykh (rozshukovykh) dii [Methods of verification of the investigative (search) execution actions], *Pravo i suspilstvo*, 2013, Issue 6, pp. 293–298.
4. *Tishchenko V. V.* Teoretychni i praktychni osnovy metodyky rozsliduvannia zlochyniv [Theoretical and practical bases of a technique of investigation of crimes], *Odesa*, 2007, 260 p.

#### **Ващук О. Питання верифікації та валідації у кримінальному провадженні: методи пізнання невербальної інформації**

**Анотація.** Розкрито сутність і місце верифікації та валідації у кримінальному провадженні як криміналістичних методів. Зроблено висновок, що верифікація в судовому провадженні забезпечує підтвердження того, що хід та результати судового провадження відповідають дійсним обставинам події, що трапилася, а валідація — перевірку дотримання процесуальних норм, криміналістичних правил і рекомендацій у судовому провадженні.

**Ключові слова:** верифікація, валідація, кримінальне провадження, досудове розслідування, судове провадження, невербальна інформація, криміналістика.

#### **Ващук О. Вопросы верификации и валидации в уголовном производстве: методы познания невербальной информации**

**Аннотация.** Раскрыта суть и место верификации и валидации в уголовном производстве как криминалистических методов. Сделан вывод, что верификация в судебном производстве обеспечивает подтверждение того, что ход и результаты судебного производства соответствуют действительным обстоятельствам имевшего место события, а валидация — проверку соблюдения процессуальных норм, криминалистических правил и рекомендаций в судебном производстве.

**Ключевые слова:** верификация, валидация, уголовное производство, досудебное расследование, судебное производство, невербальная информация, криминалистика.

#### **Vashchuk O. Issues of Verification and Validation in Criminal Proceedings: Methods of Knowledge of Nonverbal Information**

**Annotation.** The essence and the place of the verification and validation in criminal proceedings as criminalistics methods are revealed. It is concluded that the verification in trial proceedings provides a confirmation that progress and results of trial proceedings correspond to actual circumstances of the events, and the validation provides verification of compliance with procedural rules, criminalistics rules and recommendations in trial proceedings.

**Key words:** verification, validation, criminal proceeding, preliminary investigation proceeding, trial proceeding, nonverbal information, criminalistics.

**РЕФОРМА НАЦІОНАЛЬНОГО  
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА:  
ПРОПОЗИЦІЇ ДО ЗАКОНОПРОЕКТУ № 6232  
В ЧАСТИНІ  
МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБИТРАЖУ**



**О. ФРОЛОВ**

*аспірант кафедри господарського права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка,  
юрист київського офісу міжнародної  
юридичної фірми CMS Cameron McKenna  
Nabarro Olswang LLP*

Верховною Радою України 20 червня 2017 р. у першому читанні було прийнято за основу невідкладний законопроект Президента України П. Порошенка № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (далі — Законопроект № 6232) [1]. Глава держави пропонує викласти в новій редакції Господарський процесуальний кодекс України (далі — ГПК України), Цивільний процесуальний кодекс України (далі — ЦПК України) і Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАС України), а також внести зміни до цілої низки нормативно-правових актів.

Після оприлюднення на офіційному сайті Ради з питань судової реформи (далі — Рада) у березні 2016 р. першої редакції змін до зазначених вище процесуальних кодексів (що розроблялися робочою групою з процесуального

законодавства Ради) з позначкою «для обговорення» зі сторінок періодичних видань почали лунати заклики до публічного та відкритого обговорення проектів процесуальних кодексів із залученням широкого кола експертів [2, 10; 3, 33].

В. Веремко, наприклад, висловлював побоювання, що робота над пропозиціями до проектів процесуальних кодексів, які направляються членам робочої групи Ради за результатами експертного обговорення, може бути марною, адже в Україні часто створюється лише видимість обговорення важливих законодавчих змін без реального врахування позиції громадських організацій або окремих фахівців [4]. Маємо констатувати, що такі побоювання частково справдилися. Координатор Ради О. Філатов у березневному інтерв'ю газеті «Юридична практика» фактично визнав цей факт, зазначивши, що після оприлюднення згаданих вище проектів ГПК України і ЦПК України у березні 2016 р. «прин-

ципових змін у механізмах (що містяться в проектах процесуальних кодексів. — О. Ф.), які були презентовані ще рік тому, не відбулося» [5, 7].

23 березня 2017 р. (менше ніж за два тижні після оприлюднення другої редакції проектів процесуальних кодексів, яке відбулося 10 березня 2017 р. [6]) на веб-сайті Ради з'явилася третя й остання редакція процесуальних кодексів [7], яку в той самий день було внесено до Верховної Ради України у вигляді законопроекту № 6232. Така швидкість у питанні обговорення та прийняття змін до проектів зазначених кодексів є небезпідставною й обґрунтовується тим, що без прийняття ГПК України, ЦПК України і КАС України у нових редакціях новий Верховний Суд (конкурс до якого станом на момент подання цієї статті до друку триває) не зможе розпочати свою роботу. Причиною такої патової ситуації є те, що у Прикінцевих та перехідних положеннях до Закону України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що передумовою початку роботи нового Верховного Суду є призначення щонайменше 65 суддів за результатами конкурсу, проведеного відповідно до конкурсної процедури з відбору кандидатів на посаду судді [8], а також набрання чинності відповідним процесуальним законодавством, що регулює порядок розгляду справ Верховним Судом [9].

Прогресивний характер змін до процесуальних кодексів, які пропонується втілити шляхом прийняття законопроекту № 6232, сумніву не викликає. Однак маємо зауважити, що певна поспішність у прийнятті цього законопроекту та відсутність його реального обговорення призвели до того, що значна кількість дискусійних питань, зокрема в частині міжнародного комерційного арбітражу, у тексті не знайшли свого вирішення й залишилися у площині теоретичної дискусії.

Так, питання, що викликають палкі доктринальні дискусії як у юридичній літературі, так і в залах судових засідань, а отже, мають наслідком неоднакове застосування законодавства, зокрема арбітрабельність спорів, необхідність проарбітражного тлумачення арбітражної угоди тощо, залишилися невирішеними й у законопроекті № 6232. Також викликає занепокоєння зміна підходу до процесуальної моделі направлення до арбітражу з припинення провадження у справі на залишення позову без розгляду.

Вважаємо, що це, а також інші доктринальні дослідження можуть бути використані законодавцем як дороговказ під час доопрацювання законопроекту № 6232 до другого читання у частині міжнародного комерційного арбітражу.

### 1. Стаття 23 Проекту ГПК України

На відміну від чинної ст. 12 ГПК України [10, 14; 11, 32; 2, 10; 3, 33; 12, 313], у ст. 23 Проекту ГПК України заперечується можливість передачі на вирішення до арбітражу певних категорій спорів не тільки щодо внутрішніх третейських судів, а й міжнародного комерційного арбітражу [11, 32; 2, 10; 3, 33]. Так, у ч. 1 ст. 23 Проекту ГПК України встановлюється, що до арбітражу не можуть передаватися близько 20 категорій спорів [1].

Залишаючи поза межами цього дослідження компетенцію внутрішніх третейських судів, зауважимо, що така спроба суттєвого обмеження компетенції міжнародного арбітражу не могла не привернути увагу юридичної спільноти. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (далі — МКАС при ТПП України) навіть ініціював проведення окремого науково-практичного круглого столу на тему «Арбітрабельність спорів: куди ми йдемо?», який відбувся 5 квітня 2017 р. та зібрав арбітрів, представників суддівського корпусу,

науковців і провідних юристів-практиків. Так, більшість присутніх на заході вкрай критично сприйняли ідею обмеження компетенції міжнародного комерційного арбітражу, внаслідок чого запропонована редакція ст. 23 Проекту ГПК України отримала чи не найбільше критичних зауважень [13].

Під час презентації проекту концепції реформи та розвитку арбітражних інституцій в Україні, яка відбулася у межах експертної дискусії «Актуальність реформування арбітражних інституцій в Україні», Т. Шепель наголосив, що зазначена стаття передбачає обмеження компетенції не тільки третейських судів, а й міжнародного комерційного арбітражу, що може завдати нищівного удару по останньому виду способу альтернативного вирішення спорів [14, 17]. М. Селівон назвав ст. 23 Проекту ГПК України не інакше як «бомбою» під арбітраж, яка ускладнить функціонування механізмів альтернативного вирішення спорів, поставить існування арбітражних інститутів під загрозу та, як наслідок, зведе зусилля зі створення сприятливого проарбітражного клімату в Україні нанівець [2, 10; 3, 33].

Ми підтримуємо думку щодо того, що запропоноване обмеження компетенції міжнародного комерційного арбітражу, а тим паче його закріплення у ГПК України є невиправданим. Підхід, запропонований Радою, суперечить одному з задекларованих у законопроекті № 6232 завдань: «забезпечення <...> сприяння альтернативному вирішенню спорів у <...> міжнародному комерційному арбітражі» [15], глобальній тенденції до розширення кола спорів, які можуть передаватися до міжнародного комерційного арбітражу, а також не враховує загально визнані переваги арбітражу порівняно з вирішенням спорів у державному суді [16, 180].

Більше того, закріплення переліку неарбітрабельних спорів у ст. 23 Проекту ГПК України порушує право у будь-

який не заборонений законом способом захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань у сфері цивільних та господарських правовідносин, гарантоване Конституцією України.

Як вбачається з рішення Конституційного Суду України у справі № 1-3/2008 від 10 січня 2008 р. № 1-рп/2008, звернення до третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу. — О. Ф.) є способом реалізації конституційного права будь-якими не забороненими законом способами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань у сфері цивільних та господарських правовідносин [17]. Таке право гарантується ч. 5 ст. 55 Конституції України та відповідно до ч. 2 ст. 22 і ст. 64 не може бути скасоване або обмежене [18].

М. Селівон вказує на цю фундаментальну проблему, внаслідок якої включення до ст. 23 Проекту ГПК України будь-якого положення, яким би звужувалася компетенція третейських судів і міжнародного комерційного арбітражу, означатиме обмеження конституційного права фізичних та юридичних осіб на захист своїх інтересів у позасудовому порядку за допомогою альтернативних способів вирішення спорів [2, 10; 3, 32]. Викладаючи своє бачення щодо можливості обмеження компетенції міжнародного комерційного арбітражу шляхом закріплення у ст. 23 Проекту ГПК України відповідної норми, М. Селівон зазначив, що ГПК України взагалі не має містити положення, які б обмежували компетенцію міжнародних комерційних арбітражів [2, 10; 3, 33].

Висловлена цим науковцем позиція є віддзеркаленням підходу, який неодноразово висловлювався у доктрині. Зміст такого підходу полягає в тому, що ГПК України взагалі не має містити положень, які б обмежували арбітрабельність спорів, оскільки визначення

компетенції міжнародних комерційних арбітражів або третейських судів не входить до сфери правового регулювання процесуального законодавства [19, 35; 20, 176]. Недержавна юрисдикційна діяльність щодо вирішення спорів натомість є предметом регулювання спеціальних законів: Закону України від 11 травня 2004 р. № 1701-IV «Про третейські суди» (далі — Закон про третейські суди) [21] та Закону України від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII «Про міжнародний комерційний арбітраж» (далі — Закон про МКА) [22].

З метою вирішення ситуації, що склалася, М. Селівон запропонував під час доопрацювання тексту ст. 23 Проекту ГПК України взяти за основу ч. 1 ст. 17 Проекту ЦПК України станом на березень 2016 р. (відображена в ч. 1 ст. 22 Проекту ЦПК України без змін), оскільки вона достатньою мірою враховує специфіку арбітражних інститутів, а також містить бланкетну норму, що відсилає до відповідних положень спеціальних законів [2, 10; 3, 33].

На думку М. Селівона, з якою погоджуємося і ми, викладення ст. 23 Проекту ГПК України в аналогічній редакції дасть змогу досягти уніфікації правового регулювання суміжних інститутів третейського судочинства та міжнародного комерційного арбітражу в різних процесуальних кодексах [2, 10; 3, 33]. О. Підцерковний, теж поділяючи позицію М. Селівона, зазначає, що під час удосконалення проектів ГПК України і ЦПК України доцільно відмовитися від обмеження компетенції міжнародного комерційного арбітражу та віднести вирішення цього питання до регулювання спеціальних нормативно-правових актів [11, 32–33].

У зв'язку з обмеженим обсягом статті зупинимося на аналізі лише окремих категорій спорів, які у Проекті ГПК України пропонується визнати неарбітрабельними, а саме: на спорах, що виникають із договорів про державні заку-

півлі; спорах у справі про банкрутство; спорах із цивільно-правових аспектів приватизації державного та комунального майна, а також спорах, що виникають із корпоративних відносин.

#### ***Спори, що виникають із договорів про державні закупівлі***

Згідно з офіційними даними Державної служби статистики України у 2015 р. в Україні було проведено 110 260 закупівель товарів, робіт і послуг, а загальна сума коштів за укладеними у звітному періоді договорами становить астрономічну суму — 152,5 млрд грн [23]. В абсолютних цінах така сума відповідає 13 % валового внутрішнього продукту, виробленого в Україні за аналогічний період [24].

Попри вражаючі обсяги закупівель за публічні кошти, Верховна Рада України пропонує виключити значну частину спорів, пов'язаних із закупівлями товарів, робіт і послуг, з компетенції міжнародного комерційного арбітражу. Зокрема, у п. 1 ч. 1 ст. 23 Проекту ГПК пропонується встановити неможливість передачі на вирішення міжнародного арбітражу «спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про державні закупівлі» [1].

Ідея щодо виключення можливості передачі певних категорій спорів, що стосуються закупівель товарів, робіт і послуг за рахунок публічних коштів, не є новою. Вперше її було втілено в життя шляхом прийняття Закону України від 13 травня 1997 р. № 251/97-ВР «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України». Серед іншого, цим Законом було доповнено ч. 2 ст. 12 Арбітражного процесуального кодексу України<sup>1</sup> положенням про те, що спори, які виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб, не можуть бути передані на

<sup>1</sup> До 2001 р. ГПК України мав назву Арбітражний процесуальний кодекс України.

вирішення до міжнародного комерційного арбітражу [25].

На думку О. Підцерковного, заперечення можливості передачі до міжнародного комерційного арбітражу спорів щодо державних закупівель може негативно позначитися на іміджі України [11, 32], яка вважається дружньою для арбітражу юрисдикцією [26; 27].

Більше того, прийняття законопроекту № 6232 у запропонованій редакції призведе до фактичного примушування українських замовників за договорами про закупівлю до вирішення справ в іноземних судах, а іноземних переможців — до вирішення суперечок із договорів про закупівлю у вітчизняних судах, робота яких, як зазначає О. Підцерковний, здебільшого поки що далека від досконалості [11, 32]. Причиною такої ситуації є те, що за відсутності арбітражної чи пророгаційної угоди, укладеної між сторонами спору, компетентним вважається суд за місцезнаходженням відповідача.

Насамперед зупинимо свою увагу на тому, що відносячи до категорії неарбітрабельних спори, які виникають під час укладання, зміни, розірвання та виконання договорів про закупівлі, розробники Проекту ГПК України з незрозумілих причин не визначили неарбітрабельними спори про визнання договору про закупівлі недійсним. У зв'язку з цим постає логічне запитання: чи можна передавати до міжнародного комерційного арбітражу спори про визнання такого договору недійсним?

Щоб знайти відповідь на поставлене запитання, звернемося до вже існуючої судової практики, а саме до ухвали Верховного Суду України (далі — ВСУ) від 1 липня 2004 р. у справі № 6-640кс05 за клопотанням ізраїльської компанії «*SuperCom Ltd*» («СуперКом Лтд») про скасування рішення МКАС при ТПП України від 1 червня 2004 р. [28]. Компанія звернулася до

суду із заявою про скасування рішення МКАС при ТПП України, яким було визнано недійсним контракт на постачання обладнання, укладений між Департаментом ресурсного забезпечення Міністерства внутрішніх справ України та компанією «СуперКом Лтд». На думку компанії, МКАС при ТПП України залишив поза увагою те, що спір не міг бути переданий на вирішення міжнародного комерційного арбітражу.

Розглянувши касаційну скаргу компанії «СуперКом Лтд», колегія суддів ВСУ не взяла до уваги зазначений вище аргумент скажника та залишила без змін ухвалу Апеляційного суду міста Києва про відмову в задоволенні клопотання компанії «СуперКом Лтд» про скасування арбітражного рішення. Відхиляючи касаційну скаргу, ВСУ виходив з того, що спір про визнання договору, пов'язаного з задоволенням державних потреб, недійсним не міститься серед переліку спорів, які не можуть бути передані на вирішення арбітражу згідно з ч. 2 ст. 12 ГПК України (у редакції, чинній на момент ухвалення вказаного рішення, — 29 червня 2006 р.) [28].

Таким чином, залишається відкритим питання, чи можуть бути спори про визнання договорів про закупівлі недійсними (на відміну від спорів, що виникають під час укладання, зміни, розірвання та виконання договорів про закупівлі) передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу.

Найбільш імовірним поясненням цієї ситуації є те, що відбулося механічне копіювання відповідної ч. 2 ст. 12 чинного ГПК України до п. 1 ч. 1 ст. 23 Проекту ГПК України з одночасною заміною поняття «господарські договори, пов'язані із задоволенням державних потреб» на поняття «договори про державні закупівлі».

Натомість розробники Проекту ГПК України залишили поза увагою те, що диспозиція коментованої частини



ст. 12 ГПК України нині поширює свою дію лише на третейські суди, які створені та діють на підставі Закону про третейські суди, і тому не може обмежувати предметну арбітрабельність міжнародного комерційного арбітражу [20, 176]. Такого висновку нескладно дійти з аналізу Закону України від 3 лютого 2011 р. № 2980-VI «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо оскарження рішення третейського суду та видачі виконавчого документа на примусове виконання рішення третейського суду» (далі — Закон № 2980-VI), ч. 2 розділу I якого було внесено зміни до ч. 2 ст. 12 ГПК України шляхом виключення із фрази «*підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду (арбітражу)*» слова «(арбітражу)» [29].

Для повноти викладення матеріалу необхідно зазначити, що думка щодо того, що спори з державних закупівель є неарбітрабельними, є досить поширеною в юридичній літературі [30, 512]. Прибічники такої позиції ґрунтують свою теорію на тому, що попри зміни, внесені Законом № 2980-VI, чинна редакція ч. 2 ст. 12 ГПК України продовжує поширювати свою дію не лише на третейські суди, які створені та діють на підставі Закону про третейські суди, а й на міжнародний комерційний арбітраж [12, 312; 31, 52; 32, 272; 33, 183; 34, 17–20; 35, 77; 36, 423; 37, 460; 38, 460; 39, 430; 40; 41–44].

Наприклад, Г. Кравчук [34, 17–20] і В. Беянович [32, 272] вважають, що оскільки міжнародний комерційний арбітраж є різновидом третейського суду, ч. 2 ст. 12 ГПК України слід розуміти як таку, що включає обмеження арбітрабельності не тільки третейських судів, а й міжнародних комерційних арбітражів. Я. Петров зазначає, що для цілей визначення спорів, які можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, і ГПК

України, і ЦПК України використовують поняття «третейський суд», тобто не розмежують внутрішній третейський суд і міжнародний комерційний арбітраж [35, 77]. Т. Сліпачук зауважує, що хоча ст. 12 ГПК України не містить згадки про міжнародний комерційний арбітраж, існує теоретична можливість поширення обмежень арбітрабельності щодо внутрішніх третейських судів на міжнародний комерційний арбітраж з огляду на те, що «*природа внутрішнього (третейського. — О. Ф.) та міжнародного (комерційного. — О. Ф.) арбітражу є схожою*» [45, 7].

Однак, на нашу думку, такий підхід не враховує окреме правове регулювання інститутів міжнародного комерційного арбітражу та внутрішнього третейського суду в Україні. Якщо здійснити порівняльний аналіз ст. 12 ГПК України, ст. 1 Закону про МКА та ст. 6 Закону про третейські суди, то відразу впадає в око, що перелік спорів, які не дозволяється передавати на розгляд внутрішніх третейських судів, є набагато ширшим, ніж той, що передбачений у ст. 12 ГПК України. Водночас у Законі про МКА та інших спеціальних законах використовується загальновідомий позитивний спосіб закріплення арбітрабельності окремих категорій спорів. Таким чином, проблему неузгодженості ГПК України, ЦПК України і спеціальних законів (якими є Закон про МКА та Закон про третейські суди), у законопроекті № 6232 не розв'язано.

Більше того, ані Проект ГПК України, ані будь-який чинний нормативно-правовий акт не дають відповіді на питання, що слід розуміти під «державними закупівлями» або «договором про державні закупівлі» у розумінні ст. 23 Проекту ГПК України.

З метою визначення змісту зазначених вище термінів вважаємо за доцільне дослідити понятійний апарат, який використовувався у Законі України від 22 грудня 1995 р. № 493/95-ВР «Про

державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб», незважаючи на те, що він втратив чинність [46]. Зазначеним Законом еквівалент поняття «договір про державні закупівлі» — «державний контракт» визначався як договір, укладений від імені держави Україна державним замовником (Верховною Радою України, центральними органами виконавчої влади, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями, державними організаціями та іншими установами — головними розпорядниками коштів державного бюджету) та суб'єктом господарювання будь-якої форми власності (резидентом або нерезидентом), що виготовляє або постачає товари, виконує роботи або надає послуги для задоволення пріоритетних потреб держави, і в якому визначаються економічні та правові зобов'язання сторін, а також регулюються відносини замовника і виконавця.

Також можна провести певні паралелі між терміном «державні закупівлі» та терміном «державне замовлення», який використовувався у Законі № 493/95-ВР. Останній термін визначався як засіб державного регулювання економіки шляхом формування на контрактній (договірній) основі складу та обсягів товарів, робіт і послуг, необхідних для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на їх поставку (закупівлю) серед підприємств, організацій та інших суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності.

Першим чинним нормативно-правовим актом, який містить визначення дотичних понять, є Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV (далі — ГК України) [47]. У статті 13 цього кодексу поняття «державне замовлення» визначається як засіб державного регулювання економіки шляхом формування на договір-

ній основі складу та обсягів продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на поставку (закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання, незалежно від їх форми власності. Поняття «державний контракт», своєю чергою, визначається як договір, укладений державним замовником від імені держави із суб'єктом господарювання — виконавцем державного замовлення, в якому визначаються економічні та правові зобов'язання сторін і регулюються їх господарські відносини.

Іншим нормативно-правовим актом, у якому міститься визначення схожих за змістом понять, є Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про закупівлі). Так, у п. 20 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону міститься тлумачення терміна «публічна закупівля», який визначається як *«придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим Законом»*. Також у п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону про закупівлі поняття «договір про закупівлю» та «закупівля» ототожено, а саме: визначено законодавцем як *«договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари»* [48].

На нашу думку, попри очевидну невідповідність зазначених вище термінів, термінологічна невизначеність понять «державні закупівлі» та «договір про державні закупівлі», а також відсутність чіткого розуміння, яким чином такі поняття співвідносяться з поняттями «публічна закупівля», «державне замовлення», «договір про (публічні. — О. Ф.) закупівлі» та «державний контракт», може призвести (і найімовірніше, призведе) до розширеного тлумачення судами поняття

«державні закупівлі» та «договір про державні закупівлі» або, у найгіршому випадку, до їх повного ототожнення з іншими схожими поняттями.

Натомість ми взагалі не бачимо вагомих причин, які б обґрунтовували необхідність примушування іноземних та українських суб'єктів господарювання до вирішення цивільно-правових аспектів спорів щодо публічних закупівель, що не мають публічного інтересу, в українських судах. Окреслений нами підхід повністю узгоджується із загальносвітовою тенденцією до розширення кола спорів, які можуть передаватися до арбітражу. Так, як слушно наголошує Я. Полсон, нині відбувається зміна ставлення до арбітрабельності спорів, що виникають із публічних закупівель, у світовій практиці: якщо раніше вважалося, що спори з особами публічного права підлягають вирішенню лише в державних судах з огляду на специфічний суб'єктний склад учасників таких угод, непоодинокими є випадки, коли публічно-правові юридичні особи включають арбітражні угоди до тендерної документації [49, 121].

Водночас не можемо оминати увагою той факт, що якщо вирішення приватноправового спору, який виникає з договору про публічні закупівлі або у зв'язку з ним, потребуватиме дослідження секретної інформації, такий спір не може бути предметом арбітражного розгляду.

#### **Спори у справі про банкрутство**

Як зазначає професор Королівського коледжу Лондона М. Пенадес, залежно від наслідків відкриття провадження у справі про банкрутство щодо учасника арбітражного провадження всі країни можна умовно поділити на три групи. До першої групи країн, чиє внутрішнє законодавство виключає можливість вирішення справи міжнародним арбітражем після відкриття провадження у справі про банкрутство, належать Латвія, Польща, Португалія, Нідер-

ланди, Чехія та Угорщина. Країни другої групи (наприклад, Велика Британія, Німеччина та Франція) натомість дозволяють паралельний розгляд справи про банкрутство та арбітраж за участю підприємства, щодо якого таке провадження відкрито, однак при цьому встановлюють певні обмеження або покладають обов'язок зупинення арбітражу до закінчення провадження у справі про банкрутство. Країни, що належать до третьої групи, такі як Іспанія та Італія, демонструють насправді проарбітражний підхід, який полягає в тому, що згідно з законодавством цих країн відкриття провадження у справі про банкрутство не має впливу на хід арбітражу, а також на дійсність, чинність або можливість приведення до виконання арбітражної угоди [50].

Україна вочевидь от-от приєднається до країн — учасниць першої групи, оскільки у Проекті ГПК України пропонується виключити *«справи про банкрутство, а також справи у спорах з майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, у тому числі справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником»* із компетенції міжнародного комерційного арбітражу. Таким чином, законодавцеві пропонується закарбувати в законі поширену серед деяких учених і практиків думку про те, що всі спори у справах про банкрутство або такі, що пов'язані з ними, не можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу [51; 52, 32]. При цьому дослідження можливості передачі спорів, пов'язаних зі справою про банкрутство, часто обмежується констатацією факту неарбітрабельності такої категорії спорів [53, 108]. Так, наприклад, О. Щокіна вказує, що справи про банкрутство не можуть розглядатися міжнародним комерційним арбітражем з огляду на публічно-правовий характер відносин,

які складаються у справі про визнання боржника банкрутом [54, 146].

На нашу думку, навряд чи можна погодитися з таким підходом, оскільки він не враховує те, що на відміну від «справжнього» питання у справі про банкрутство (такі питання ще іноді називають «основними» [55, 17–18]), як-то порушення провадження у справі про банкрутство, призначення арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора), затвердження домовленості між боржником і кредиторами стосовно відстрочення та/або розстрочення, а також прощення (списання) кредиторами боргів боржника, розподіл стягнутих із боржника грошових сум, про визнання недійсними правочинів (договорів) або майнових дій боржника, які були вчинені боржником після порушення справи про банкрутство або протягом одного року, що передувало порушенню справи про банкрутство, тощо, майновий позов до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, а також позов про визнання недійсним будь-яких правочинів (договорів), укладених таким боржником, може мати виключно цивільно-правовий характер і не зачіпати права третіх осіб.

Навіть більше, незважаючи на окремі думки про зворотне [52, 32], законодавство України про банкрутство, зокрема Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-ХІІ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [56], не встановлює наслідків відкриття провадження у справі про банкрутство на дійсність, чинність або можливість виконання арбітражної угоди, стороною якої є особа, щодо якої розпочато таке провадження. Отже, відкриття провадження у справі про банкрутство щодо сторони арбітражної угоди (якою, як правило, є боржник) само собою не припиняє, не відкладає або будь-яким іншим чином не перериває арбітражний розгляд спору

[57, 339]. З огляду на зазначене вище ми не бачимо підстав, з яких власне після порушення провадження у справі про банкрутство однієї зі сторін арбітражної угоди цивільно-правовий спір, який насправді не належить до «справжніх» питань у справі про банкрутство, перестає бути арбітрабельним.

Задля проведення розмежування між «справжніми» питаннями у справі про банкрутство та дотичними категоріями спорів пропонуємо скористатися критерієм, сформульованим у рішенні Суду справедливості Європейського Союзу (далі — Суд ЄС) «*Henri Gourdain проти Франца Надлера*» («*Henri Gourdain v. Franz Nadler*») від 22 лютого 1979 р. у справі № 133/78. У цій справі необхідність визначення критерію, за яким відбуватиметься розмежування між справами, предмет яких має цивільний і господарський характер, і справами про банкрутство, що стосуються ліквідації неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, юридичних об'єднань та аналогічних справ, була викликана тим, що ч. 2 ст. 1 Брюссельської конвенції про юрисдикцію та виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах від 27 вересня 1968 р. із предмета зазначеної Конвенції було виключено спори у справі про банкрутство, позови, що стосуються ліквідації неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, суддівських домовленостей, мирових угод, а також інших аналогічних спорів [58]. Це, своєю чергою, створювало певну невизначеність у питанні щодо кола справ, дотичних до провадження у справі про банкрутство, але які при цьому мають виключно приватноправовий характер і тому підпадають під обсяг дії Конвенції. Так, Суд ЄС зазначив, що «*рішення, пов'язані з банкрутством або ліквідацією* (компанії, господарського товариства тощо. — О. Ф.), *не підпадають під регулювання Брюссельської конвенції, якщо вони безпосередньо впливають з провадження*

у справі про банкрутство та тісно пов'язані з ним» [59].

Надалі зазначений підхід до розмежування проваджень у справах про банкрутство від справ, які мають виключно цивільно- або господарсько-правовий характер, було неодноразово підтримано Судом ЄС, зокрема, у справах за позовом: «Крістофер Сіагон проти Деко Марті Бельджиум НВ» («*Christopher Seagon v. Deko Marty Belgium NV*») [60], «ЕсСіТі Індастрі АБ і ліквідація проти Альпенблюме АБ» («*SCT Industri AB and likvidation v. Alpenblume AB*») [61]. При цьому в справі «Джерман Графікс Графіше Машинен ГмбХ проти Аліс ван дер Ші» («*German Graphics Graphische Maschinen GmbH v. Alice van der Schee*») Суд ЄС дійшов висновку, що в разі, якщо ліквідатор діє від імені боржника в судовому провадженні, це не є достатнім доказом того, що такий позов безпосередньо впливає з банкрутства або тісно пов'язаний із ним, а отже, доказом того, що такий позов є «справжнім» питанням у справі про банкрутство [62].

З урахуванням викладеного вище, на нашу думку, висновок про неарбітрабельність окремих категорій цивільно-правових спорів, дотичних до проваджень у справах про банкрутство, що закріплюється у Проекті ГПК України, є передчасним. Натомість віднесення справ із майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, зокрема справ у спорах про визнання недійсними правочинів або договорів, укладених боржником-банкрутом, до категорії неарбітрабельних є недоцільним з огляду на виключно цивільно-правовий характер таких справ.

**Спори з цивільно-правових аспектів приватизації державного та комунального майна**

В абзаці 2 ч. 2 ст. 23 Проекту ГПК України визначено, що цивільно-правові аспекти спорів щодо привати-

зації майна можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу [1]. Таке положення Проекту ГПК України загалом узгоджується з чинною редакцією Закону України від 4 березня 1992 р. № 2163-ХІІ «Про приватизацію державного майна» (далі — Закон про приватизацію), яким встановлюється право органу приватизації укладати угоду про передачу спорів, що виникають між продавцем і покупцем у зв'язку з договором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, на вирішення до міжнародного комерційного арбітражного суду [63].

Також наведене положення Проекту ГПК України узгоджується з проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо спрощення процесу приватизації)», у ч. 12 ст. 26 та ч. 1 ст. 30 якого, як і в ч. 10 ст. 27 Закону про приватизацію, встановлюється можливість вирішення спорів, що виникають між продавцем і покупцем у зв'язку з договором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, у міжнародному комерційному арбітражному суді [64].

Встановлення такої норми є прикладом позитивного закріплення арбітрабельності окремих категорій спорів, адже навіть до набрання чинності Законом України від 16 лютого 2016 р. № 1005-VIII «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення процесу приватизації» (далі — Закон № 1005-VIII) [65], яким, зокрема, вносяться зміни до Закону про приватизацію, спори, що виникали з або у зв'язку з договорами купівлі-продажу об'єктів приватизації, були арбітрабельними [20].

**Спори, що виникають із корпоративних відносин**

У пункті 2 ч. 1 ст. 23 та п. 3 ч. 2 ст. 21 Проекту ГПК України встановлюється загальне правило щодо неарбітрабельності корпоративних спорів,

а саме: «справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, зокрема у спорах між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), у тому числі учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів» не можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу [1]. Водночас Проект ГПК України містить виняток із зазначеного правила: справи у спорах, «що виникають з договору, можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу лише на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками» [1].

Запропоновані зміни загалом узгоджуються з практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), яка згідно зі ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» застосовується судами України як джерело права. Так, у справі «Суда проти Чеської Республіки» ЄСПЛ підтвердив позицію, викладену в попередніх рішеннях, та ще раз вказав на те, що учасники судового процесу є вільними укладати арбітражне застереження про відмову від вирішення спорів у державному суді на користь арбітражу. Однак, як зазначив ЄСПЛ, така угода має бути «добровільною, законною та однозначною» (п. 48) і, користуючись логікою ЄСПЛ, має ґрунтуватися на добровільному особистому волевиявленні сторін спору, яке не може залежати від зробленого компанією та її мажоритарним акціонером або акціонерами вибору стосовно передачі певних спорів чи спорів до арбітражу (п. 10) [66].

Не можемо не погодитися з викладеною позицією ЄСПЛ, зокрема, з огляду

на те, що хоча загальні збори господарського товариства вирішують важливі питання, рішення цього органу не може замінити волевиявлення щодо відмови від основоположного права на справедливий судовий розгляд.

Правилами оформлення проектів законів та основними вимогами законодавчої техніки встановлюється, що законопроект має узгоджуватися з чинними законами [67, 5]. Проте з прийняттям законопроекту № 6232 не тільки не усувається, а й загострюється проблема співвідношення між спеціальним Законом про МКА та Проектом ГПК України. Наприклад, Законом про МКА надається можливість передачі спорів між учасниками (без визначення того, що всі учасники можуть бути стороною арбітражної угоди) підприємств з іноземними інвестиціями, створених на території України, до міжнародного комерційного арбітражу. Однак, з другого боку, той самий спір може підпадати під критерії спору, які виникають із корпоративних відносин у спорах між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, які пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням і припиненням діяльності такого товариства, неарбітрабельність якого встановлюється у ст. 23 Проекту ГПК України.

З огляду на зазначене вище маємо констатувати, що встановлення у Проекті ГПК України заборони передачі певних категорій справ, які виникають з корпоративних відносин, на вирішення арбітражу призведе до виникнення колізії між положеннями відповідної частини ст. 23 Проекту ГПК України та абзацом 2 п. 2 ст. 1 Закону про МКА [27; 45, 7; 36, 423; 68, 18]. Окреслену нами неузгодженість може бути усунуто або шляхом виключення із Закону про МКА, або шляхом виключення зі ст. 23 Проекту ГПК України відповідних положень про арбітрабельність чи неарбітрабельність корпоративних спорів.

Також залишається актуальним таке запитання: чи допускається Проектом ГПК України можливість включення арбітражного застереження до статуту товариства з обмеженою відповідальністю або акціонерного товариства? Відповідь на це на перший погляд просте запитання не є однозначною і залежить від відповіді на інше дискусійне запитання, а саме: чи є статут юридичної особи договором або правочином?

Серед учених і практиків єдиної думки щодо цього немає. Так, наприклад, І. Лукач вважає, що статут є формою корпоративної угоди, а отже, в ньому може міститися арбітражне застереження про передачу корпоративних спорів на розгляд міжнародного комерційного арбітражу [69, 70].

Натомість статут української юридичної особи є локальним актом юридичної особи, а не договором чи корпоративною угодою. Саме такого висновку дійшов Пленум Вищого господарського суду України в нещодавній постанові від 25 лютого 2016 р. № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних відносин» [70]. Пленум ВСУ в п. 14 постанови від 24 жовтня 2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» зазначив, що статут юридичної особи не є ані одностороннім правочином юридичної особи, ані договором [71].

## **2. Законодавче закріплення проарбітражного підходу щодо тлумачення арбітражної угоди**

Частина 3 ст. 23 Проекту ГПК України встановлює, що в разі наявності будь-яких сумнівів щодо укладення угоди про передачу спору на вирішення до міжнародного комерційного арбітражу, її дійсності, чинності або виконаності, такі сумніви мають тлумачитися на користь її дійсності, чинності та виконаності. Таким чином, вперше в українському законодавстві закріп-

люється проарбітражний підхід під час тлумачення угод про передачу спорів на вирішення міжнародних комерційних арбітражів.

Загалом підтримуючи проарбітражний підхід щодо тлумачення угод про передачу спорів на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, що пропонується закріпити на законодавчому рівні, все ж вважаємо за доцільне звернути увагу на незрозуміле для нас бажання обмежити проарбітражне тлумачення лише тих арбітражних угод про передачу до арбітражу спорів, які передбачають вирішення спорів постійно діючими арбітражними установами. Так, у ч. 3 ст. 23 Проекту ГПК України встановлюється проарбітражний підхід до тлумачення лише тієї арбітражної угоди, що передбачає передачу спору до «*міжнародного комерційного арбітражу за відповідними правилами третейської (арбітражної) процедури*» [1]. При цьому щодо угод про передачу спорів на вирішення арбітражів, які утворюються спеціально для розгляду окремої справи – арбітражів *ad hoc*, обов'язок державного суду щодо проарбітражного тлумачення арбітражних угод не встановлюється як такий.

Можемо припустити, що робоча група мала на меті обмежити проарбітражний підхід щодо тлумачення арбітражних угод для того, щоб не допустити сприятливого підходу до таких угод, які передбачають передачу спорів до арбітражів *ad hoc*, оскільки такі арбітражі не зазнають контролю з боку постійно діючої арбітражної установи, і тому, ймовірно, можуть бути використані з неправомірною метою. Однак здійснений пошук у Єдиному державному реєстрі судових рішень дає нам змогу зробити висновок, що саме діяльність певних маловідомих постійно діючих арбітражних установ, а не арбітражів *ad hoc*, що утворюються спеціально для розгляду окремої справи, має ознаки використання цілком законного механізму вирішення зовнішньоеконо-

мічних суперечок, яким є міжнародний арбітраж, у сумнівних цілях.

Наприклад, викликає певне занепокоєння діяльність постійно діючої арбітражної установи під назвою «Інтернейшнл Арбітрейдж Компані» («*International Arbitrage Company*»), яка має зареєстроване місцезнаходження на Британських Віргінських Островах і належить громадянам України [72]. Так, ухвалою Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська від 28 листопада 2011 р. було визнано право власності на автозаправну станцію [73]. Іншою ухвалою того самого суду від 22 квітня 2009 р. задоволено клопотання стягувача — іноземної юридичної особи — компанії «*Fantan Trading Limited*» про визнання права власності на нежитлову будівлю та земельну ділянку, на якій ця будівля розташована. Більше того, зобов'язано Комунальне підприємство «Дніпропетровське міжміське бюро технічної інвентаризації» Дніпропетровської обласної ради провести реєстрацію права власності за компанією «*Fantan Trading Limited*» [74]. Ухвалою Васильківського районного суду Дніпропетровської області від 19 квітня 2010 р. у справі № 2к-1/10 визнано та надано дозвіл на виконання рішення «Інтернейшнл Арбітрейдж Компані», а також зобов'язано передати право власності на цінні папери вартістю 32 941 207,16 дол. та стягнути з ТОВ ПФГ «Спарта» на користь «Фанфорд Трейд Енд Інвестмент Корп» 19 893 356,84 дол. [75].

Іншим прикладом імовірного використання постійно діючої арбітражної установи для цілей ухвалення сумнівних арбітражних рішень є справа за клопотанням англійської компанії «*JEWELSOFT LTD*» про визнання та виконання арбітражного рішення маловідомої Лондонської палати міжнародного арбітражу та криптографії від 15 травня 2012 р. у справі № L002. Шляхом звернення з клопотанням про

визнання та надання дозволу на виконання зазначеного арбітражного рішення заявник намагається визнати право на особисте користування сходовою кліткою з першого по третій поверхи будинку, замурування вікон і дверей та на інші дії, які підпадають під ознаки перепланування [76–78].

Натомість Закон про МКА не здійснює розмежування між арбітражами *ad hoc* і постійно діючими арбітражними установами, оскільки у розумінні Закону вони охоплюються поняттям «арбітраж» [22].

Також ми не можемо погодитись із запропонованим підходом, відповідно до якого передумовою проарбітражного тлумачення арбітражної угоди є встановлення державним судом очевидних намірів передати вирішення спору до міжнародного комерційного арбітражу в момент укладення арбітражної угоди. На нашу думку, формулювання ч. 3 ст. 23 Проекту ГПК України наділяє господарські суди надміру широкими повноваженнями у визначенні питання щодо існування умислу на передачу спору до міжнародного комерційного арбітражу, що може обмежити застосування проарбітражного підходу щодо тлумачення арбітражних угод.

Враховуючи викладене вище, під час доопрацювання текстів проектів ГПК України і ЦПК України пропонуємо взяти за основу формулювання, запропоноване в законопроекті від 31 березня 2016 р. № 4351 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо питань судового контролю та підтримки міжнародного комерційного арбітражу» (далі — законопроект № 4351):

*«Будь-які неточності в тексті угоди сторін про передачу спору на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу та/або сумніви щодо її дійсності, чинності та виконаності повинні тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконаності» [79].*



Наостанок зауважимо, що, на нашу думку, використання словосполучення «прийде висновку» для позначення того, що передумовою застосування проарбітражного тлумачення арбітражної угоди є висновок суду щодо існування наміру передати спір на вирішення до міжнародного комерційного арбітражу, є неправильним. Пропонуємо замінити фразу «прийде висновку» словосполученням «дійде висновку», оскільки такий варіант є правильним із погляду стилістики української мови.

Принадібно вважаємо за доцільне звернути увагу на те, що в Проекті ЦПК України аналогічну помилку було виправлено: у ч. 2 ст. 22 Проекту ЦПК України станом на 10 березня 2017 р., яка відповідає ч. 3 ст. 23 Проекту ГПК України, використовувалося словосполучення «прийде висновку», однак у Проекті ЦПК України, який було внесено до Верховної Ради України, слово «прийде» у зазначеній частині було замінено словом «дійде» [80].

### 3. Пропозиції щодо вибору процесуальної моделі направлення до арбітражу

Конвенція Організації Об'єднаних Націй (далі — ООН) про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 р. (далі — Нью-Йоркська конвенція) покладає на суд держави-учасниці, до якого подано позов у питанні, щодо якого сторони уклали арбітражну угоду, обов'язок *«направити сторони до арбітражу»* на прохання однієї сторони, якщо такий суд не визнає, що арбітражна угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана [81]. Однак, як слушно вказують Ж.-Ф. Пудре та С. Бессон, Нью-Йоркська конвенція не встановлює, які саме процесуальні дії повинні бути вчинені державним судом у разі встановлення факту наявності дійсної виконаної угоди, яка не втратила чинність [82, 922].

Причина такої прогалини полягає у тому, що автори Конвенції залишили форму направлення сторін до арбітражу на розсуд договірних сторін — учасників Конвенції [82, 421, 423; 83, 138–139]. Т. Фокс, С. Вілске [84, 190], Д. Шрамм, Е. Геісінгер, а також Ф. Пінсолле [85, 103] так само зазначають, що у ч. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції не встановлюється спосіб, у який державний суд має направити сторони до арбітражу.

Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 р. (далі — Європейська конвенція) хоча і наділяє правом будь-яку зі сторін арбітражної угоди на відвід державного суду з непідсудності, так само, як і Нью-Йоркська конвенція, але не встановлює, які саме процесуальні дії повинні бути вчинені судом у разі встановлення факту наявності арбітражної угоди між сторонами спору [86]. Суддя касаційного суду Франції Д. Ашер із цього приводу вказує, що Європейська конвенція взагалі не містить спеціального положення щодо гарантування виконання арбітражних угод, еквівалентного п. 3 ч. II Нью-Йоркської конвенції, оскільки її автори обстоювали позицію, що це питання вже було вирішено в п. 3 ч. II Нью-Йоркської конвенції [87, 527].

Натомість процесуальний механізм, за допомогою якого положення п. 3 ч. II Нью-Йоркської конвенції щодо обов'язку державного суду направити сторони до арбітражу вводяться в дію, міститься у Законі про МКА. Так, у ч. 1 ст. 8 встановлюється обов'язок суду, до якого подано позов у питанні, що є предметом арбітражної угоди, *«припинити провадження у справі»* та *«направити сторони до арбітражу»* в разі, якщо будь-яка зі сторін арбітражної угоди попросить про це не пізніше подання своєї першої заяви по суті спору [22].

Отже, Закон про МКА визначає процесуальний механізм, використовуючи який, суд має направити сторони

до арбітражу, і таким механізмом є припинення провадження у справі. Однак у Проекті ГПК України пропонується змінити форму направлення сторін арбітражної угоди до арбітражу та встановити, що процесуальним механізмом має бути залишення позову без розгляду [1].

На наше переконання, прийняття законопроекту № 6232 в чинній редакції призведе до виникнення колізії між положеннями п. 7 ч. 1 ст. 227 Проекту ГПК України та ч. 1 ст. 8 Закону про МКА. Це пояснюється тим, що хоча у ч. 13 розділу I законопроекту № 6232 передбачається внесення змін до Закону про МКА, проект Закону не передбачає внесення змін до ч. 1 ст. 8.

Отже, з метою узгодження положень різних нормативно-правових актів пропонується доповнити ч. 13 розділу I законопроекту № 6232 відповідними положеннями, які б виключали фразу «*припинити провадження у справі і*» з ч. 1 ст. 8 Закону про МКА, тим самим уніфікуючи зазначений Закон із Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (далі — Типовий закон про МКА). Натомість процесуальна модель направлення сторін до арбітражу в такому разі встановлюватиметься у процесуальному законодавстві.

У юридичній літературі вказується на існування різноманітних підходів до визначення процесуальних моделей направлення сторін до міжнародного комерційного арбітражу [88, 38]. Так, Т. Фокс та С. Вілске наголошують, що до можливих процесуальних моделей направлення до арбітражу належить відхилення позову (*dismissal*), зупинення провадження у справі (*stay*) або постановою про відсутність компетенції (*declaration of lack of jurisdiction*) [84, 190].

А. Ян ван ден Берг зазначає, що фраза «*направити сторони до арбітражу*», яка використовується у п. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції з метою закріплення механізму примусового

виконання арбітражних угод, має тлумачитись як така, що встановлює обов'язок зупинення державним судом провадження у справі по суті. На думку автора, подання позову стороною арбітражної угоди в такому разі «автоматично означає», що провадження у справі підлягає зупиненню [83, 129].

Ж.-Ф. Пудре та С. Бессон твердять, що сторона арбітражної угоди може бути направлена до арбітражу шляхом винесення ухвали, якою сторони зобов'язуються розпочати арбітраж, або ухвалення рішення про припинення провадження у справі у зв'язку з відсутністю компетенції (*reject jurisdiction*), або шляхом зупинення провадження [82, 421]. М. Полсон зазначає, що виконання судом обов'язку направити сторони до арбітражу, передбаченого ст. II Нью-Йоркської конвенції, може мати різноманітні форми. Наприклад, одним зі способів є зупинення провадження у справі, що надає стороні арбітражної угоди право ініціювати арбітражний розгляд. Іншими способами направлення сторін до арбітражу, про які згадує М. Полсон, є наказ суду, яким стороні арбітражної угоди, що звернулася до суду, наказується звернутися до міжнародного арбітражу, або антипозовні забезпечувальні заходи, якими державний суд зобов'язує сторону арбітражної угоди утримуватися від звернення до суду з позовом, що охоплюється арбітражною угодою, в іншій країні [89, 71].

Також з метою встановлення можливих процесуальних форм направлення до арбітражу необхідно звернутися до дискусії, що розгорнулася між членами робочої групи ЮНСІТРАЛ з арбітражу та погоджувальної процедури під час 312-ї зустрічі Комісії ООН з права міжнародної торгівлі, присвяченої підготовці Типового закону про МКА.

Представник від Австрії Р. Лоеве звернув увагу членів робочої групи ЮНСІТРАЛ з арбітражу та погоджу-

вальної процедури на те, що ч. 1 ст. 8 проекту Типового закону про МКА, за умови дотримання відповідних умов, зобов'язує суд направити сторони до арбітражу або розглянути позов по суті. Р. Лоеве вніс пропозицію доповнити положення зазначеної статті третім альтернативним варіантом, згідно з яким направлення сторін до арбітражу може відбуватися з одночасним збереженням провадження у справі відкритим до настання певних обставин<sup>1</sup>. Як зазначав австрійський представник, такий процесуальний наслідок прямо не впливає з Типового закону про МКА, внаслідок чого відповідь на питання щодо того, чи залишиться судове провадження відкритим у разі направлення сторін до арбітражу, залежатиме від процесуального законодавства країни суду [90, 426].

Як на контраргумент делегат від Великої Британії М. Мастілл вказав на те, що механізм, що суд може або має зробити, якщо до нього подано позов у питанні, яке є предметом арбітражної угоди, має регулюватися лише Типовим законом про МКА, оскільки у ст. 5 йдеться про те, що «з питань, що регулюються цим Законом, ніяке судове втручання не повинно бути, крім випадків, коли воно передбачене в цьому Законі» [91]. У відповідь Р. Лоеве заявив, що запропонована М. Мастіллом інтерпретація ст. 8 Типового закону про МКА була б занадто обмеженою. Суд має прийняти позовну заяву до розгляду, аж потім вирішити, чи є арбітражна угода недійсною. В останньому випадку суд має розглянути позов у загальному порядку. Однак детальне прописування судових процедур, відповідно до яких відбувається направлення до арбітражу, не може бути включене до Типового закону про МКА, оскільки це питання регулюється процесуальним законодавством кожної країни [90, 426].

За наслідками дискусії робоча група ЮНСІТРАЛ з арбітражу та погоджувальної процедури дійшла згоди щодо того, що Типовий закон про МКА не встановлює конкретного механізму направлення сторін до арбітражу, а отже, зазначена стаття не виключає можливість направлення сторін до арбітражу без закінчення розгляду справи в суді [90, 426].

Законодавство більшості країн романо-германської правової системи містить положення, якими встановлюється, що укладення угоди про передачу спору на вирішення міжнародного комерційного арбітражу має наслідком позбавлення суду компетенції (*decline jurisdiction*) [92, 58]. Наявність арбітражної угоди зобов'язує суд, до якого подано позов у питанні, що є предметом арбітражної угоди, припинити провадження у справі з невідомості, оскільки позов було подано всупереч наявності дійсної арбітражної угоди (*decline jurisdiction over litigation commenced in violation of a valid arbitration agreement*) [84, 190].

Так, підпунктом 1 п. 1032 Цивільного процесуального кодексу Німеччини встановлюється, що в разі подання позову до суду в питанні, що є предметом арбітражної угоди, суд має припинити провадження у справі з огляду на його невідомість державному суду (*the court is to dismiss the complaint as inadmissible*) за умови, якщо відповідач заявить відповідне клопотання до початку слухання справи по суті [93; 94, 117].

Відповідно до ч. 1 ст. 584 Цивільного процесуального кодексу Австрії суд, до якого надійшла позовна заява в питанні, щодо якого було укладено арбітражну угоду, постановляє ухвалу про відмову в розгляді спору та припиняє провадження у справі, упевнившись у тому, що арбітражна угода, укладена між сторонами, не є недійсною, не втратила чинність і може бути виконана [94, 57].

<sup>1</sup> Вочевидь, під направленням сторін до арбітражу з одночасним збереженням провадження у справі відкритим до настання певних обставин Р. Лоеве мав на увазі зупинення провадження у справі.

Згідно зі ст. 39 Цивільного процесуального кодексу Іспанії відповідач вправі, з посиланням на передачу спору до арбітражу, заявити в суді клопотання про припинення справи в державному суді у зв'язку з відсутністю компетенції для його розгляду [94, 530].

Законодавство інших країн, зокрема Швейцарії, Нідерландів, Бельгії, так само зобов'язує державний суд остаточно припинити судові провадження щодо позову в питанні, яке охоплюється предметом арбітражної угоди [84, 191].

Інший підхід, що набув поширення у більшості країн системи загального права, передбачає зупинення судового провадження (*staying proceedings*) [92, 58]. Таку процесуальну модель направлення сторін до арбітражу було, наприклад, впроваджено в англійському Законі про арбітраж 1996 р., п. 9 якого є еквівалентом ст. 8 Типового закону про МКА та п. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції [94, 117]. Відповідно до положень зазначеного пункту сторона арбітражної угоди, проти якої було подано позов у питанні, що згідно з угодою має бути направлено до арбітражу, за умови повідомлення інших учасників судового процесу, може звернутися до суду, до якого подано позов, з клопотанням про зупинення (*stay*) провадження у справі. Суд при цьому зобов'язаний задовольнити клопотання про зупинення провадження, якщо не визнає, що арбітражна угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана [95].

Проаналізоване нами рішення палати лордів у справі «*Channel Tunnel Group Ltd. et al. v. Balfour Beatty Construction Ltd. et al.*» дає підстави зробити висновок, що зупинення провадження у справі є ефективним механізмом, за допомогою якого забезпечується виконання арбітражної угоди. Такого висновку ми дійшли з огляду на те, що оскільки в разі зупинення провадження у справі через існування між сторонами спору арбітражної угоди позивач не зобов'язаний звертатися із позовом до арбітра-

жу, у нього не залишається іншої можливості реалізувати своє право на захист порушених прав чи інтересів інакше, аніж шляхом подання позову до арбітражу [96].

Також, до прикладу, у п. 2 ст. 7 австралійського Міжнародного арбітражного закону 1974 р. встановлюється, що суд повинен, на прохання сторони арбітражної угоди, зупинити провадження у справі (повністю або частково) і направити сторони до арбітражу в питанні, що є предметом арбітражної угоди, шляхом видання наказу про зупинення провадження у справі [97].

Натомість, обираючи між зазначеними вище формами направлення сторін до арбітражу (зупиненням і припиненням провадження у справі та залишенням позову без розгляду) український законодавець зупинив свій вибір на останньому і, на нашу думку, не найбільш вдалому варіанті. При цьому формулювання, що використовуються у законопроекті № 6232, дослівно відтворюють відповідні положення іншого законопроекту № 4351 [79].

На відміну від процесуальної форми направлення сторін до арбітражу шляхом припинення провадження у справі, залишення позову без розгляду не може мати наслідком порушення конституційного права на судовий захист [16, 183–184]. Однак при цьому така форма направлення до арбітражу не унеможливорює багаторазове звернення до суду з тією самою позовною заявою, предмет якої охоплюється обсягом арбітражної угоди.

Так, неважко уявити ситуацію, коли недобросовісний позивач, маючи на меті звести нанівець арбітраж, що розпочався або може розпочатися, звертиметься до державного суду попри наявність дійсної, чинної та виконуваної арбітражної угоди доти, доки якийсь із суддів не відмовить зацікавленій особі в задоволенні клопотання про направлення сторін до арбітражу

у зв'язку з необізнаністю або керуючись іншими міркуваннями.

При цьому процесуальний запобіжник, покликаний відвернути можливість настання окресленої нами ситуації, що міститься у ч. 4 ст. 227 Проекту ГПК України, якою встановлюється, що *«особа, позов якої залишено без розгляду, після усунення обставин, що були підставою для залишення позову без розгляду, має право звернутися до суду повторно»* [1], на нашу думку, не може запобігти зловживанню процесуальними правами, якщо йдеться про направлення сторін до арбітражу. Річ у тому, що направлення сторін до арбітражу шляхом залишення позову без розгляду вимагатиме від компетентного суду незалежної оцінки арбітражної угоди за кожним зверненням зацікавленої особи.

Більше того, хоча викладений у Проекті ГПК України підхід щодо направлення сторін до арбітражу заслуговує на увагу і містить певні переваги, на нашу думку, враховуючи українські реалії та креативність, до якої сторони можуть вдаватися у своїх спробах пустити арбітраж під укіс, найбільш оптимальною формою реалізації направлення сторін до арбітражу, яка дасть змогу досягти еквілібріуму між можливістю порушення права на судовий захист — у разі вибору процесуальної форми направлення до арбітражу у вигляді припинення провадження у справі — та ймовірністю здійснення процесуальних диверсій шляхом багаторазового подання позовних заяв у справах, предмет яких охоплюється обсягом арбітражної угоди — у разі залишення позову без розгляду, — є зупинення провадження у справі до моменту ухвалення рішення арбітражем по суті справи.

З огляду на викладене вище, пропонуємо Комітетові Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя під час доопрацювання законопроекту № 6232 розглянути

можливість зміни в Проекті ГПК України процесуальної моделі направлення до міжнародного комерційного арбітражу з залишення позову без розгляду на зупинення провадження у справі. Також вважаємо за доцільне відобразити аналогічні зміни й у Проекті ЦПК України.

Прийняття зазначених змін дасть можливість привести положення Проекту ГПК України і Проекту ЦПК України у відповідність до п. 3 ст. IV Європейської конвенції, згідно з яким у разі, якщо одна зі сторін арбітражної угоди подала заяву з проханням про арбітраж, державний суд, до якого може в подальшому звернутися інша сторона з позовом щодо того ж предмета або у питанні щодо відсутності, недійсності або втрати чинності арбітражної угодою, повинен відкласти рішення у питанні щодо компетенції арбітражного суду доти, доки арбітражний суд не ухвалить рішення щодо суті справи [86].

## Висновки

Здійснений нами аналіз дає змогу дійти висновку, що законопроект № 6232, попри велику кількість безперебільшення революційних норм, не може бути прийнятий у редакції, запропонованій Радою, і потребує істотного доопрацювання щонайменше в частині міжнародного комерційного арбітражу. Отже, на підставі проведеного нами наукового аналізу Проекту ГПК України у частині міжнародного комерційного арбітражу вважаємо за доцільне запропонувати Комітетові Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя під час доопрацювання законопроекту № 6232 розглянути можливість внесення до нього таких змін:

1. Викласти ч. 1 ст. 23 Проекту ГПК України у редакції, аналогічній до тієї, яку викладено в ч. 1 ст. 22 Проекту ЦПК України:

*«1. Спір, який відноситься до юрисдикції господарського суду, може бути*

переданий сторонами на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, крім випадків, установлених законом».

Викладення зазначеної статті Проекту ГПК України у запропонованій нами редакції дасть можливість уникнути невинного обмеження конституційного права фізичних та юридичних осіб на захист своїх інтересів у позасудовому порядку за допомогою міжнародного комерційного арбітражу.

2. Виключити з ч. 3 ст. 23 Проекту ГПК України слова «якщо суд прийде до висновку про те, що під час її укладення сторони мали очевидні наміри передати вирішення спору на вирішення конкретного третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу» як такі, що необґрунтовано виключають обов'язок державного суду застосовувати про-

арбітражне тлумачення угод про передачу спорів на вирішення арбітражів *ad hoc*.

3. Розглянути можливість зміни в Проекті ГПК України і Проекті ЦПК України запропонованої законодавцем процесуальної моделі направлення учасників арбітражної угоди до арбітражу із залишення позову без розгляду на зупинення провадження у справі.

4. Виключити з ч. 1 ст. 8 Закону про МКА слова «*припинити провадження у справі і*», оскільки залишення зазначеної норми Закону без змін призведе до виникнення юридичної колізії між положеннями Проекту ЦПК України, Проекту ГПК України і зазначеним положенням Закону про МКА в частині вибору процесуальної моделі направлення сторін арбітражної угоди до арбітражу.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : проект Закону України від 23 березня 2017 р. № 6232 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=61415&pf35401=419014>
2. Селивон Н. Некорректное проведение / Николай Селивон // Юридическая практика. — 2016. — № 15 (955). — 12 апр. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://pravo.ua/article/php?id=100113176>
3. Селивон М. Микола Селивон: «Яким насправді має бути правове регулювання компетенції третейських судів і міжнародного комерційного арбітражу» / Микола Селивон // Діловий вісник. — 2016. — № 4 (263) — С. 30–33.
4. Веремко В. Реформа в процесі. Як новий ГПК змінить правила гри для сторін і до яких ризиків їм слід готуватися / Вілен Веремко // Закон і бізнес. — 2016. — № 16 (1262). — 16–22 квіт. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zib.com.ua/ua/123054-yak\\_noviy\\_gpk\\_zminit\\_pravila\\_gri\\_dlya\\_storin\\_i\\_do\\_yakih\\_rizikh.html](http://zib.com.ua/ua/123054-yak_noviy_gpk_zminit_pravila_gri_dlya_storin_i_do_yakih_rizikh.html)
5. Филатов А. Защитные манеры / Алексей Филатов // Юридическая практика. — 2017. — № 13 (1005). — 28 мар. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://pravo.ua/article/php?id=100115131>
6. Оприлюднено проекти трьох нових процесуальних кодексів [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://jrc.org.ua/news/article/111>
7. Процесуальне законодавство [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://jrc.org.ua/steps/step/procesual%27ne\\_zakonodavstvo](http://jrc.org.ua/steps/step/procesual%27ne_zakonodavstvo)
8. Фролов А. Верховный и единственный. Некоторые размышления об упразднении Высшего хозяйственного суда Украины / Александр Фролов [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <https://legal.report/author-16/verhovnyj-i-edinstvennyj>
9. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII (зі змінами і доповненнями) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/conv>
10. Мальський М. Правові аспекти визначення спорів, які можуть передаватися на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу / Маркіян Мальський // Альтернативне вирішення спорів. — 2013. — № 1. — С. 9–15.
11. Подцерковный О. МКАСимальное ускорение / Олег Подцерковный // Юридическая практика. — 2017. — № 6 (998). — 7 февр. — С. 32–33.
12. Sotir A. Ukraine / Anton Sotir & Anastasiia Slobodeniuk // International Arbitration / Joe Tirado ed. — Global Legal Group, 2015 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://goldengate-law.com/documents/GLI\\_Arbitration\\_in\\_Ukraine.pdf](http://goldengate-law.com/documents/GLI_Arbitration_in_Ukraine.pdf)

13. *Круглий* стіл «Арбітрабельність спорів: куди ми йдемо?» (Київ, 5 квіт. 2017 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/events/rtab050417.html>
14. *Шепель Т.* Концепція реформи та розвитку арбітражних інституцій в Україні : (проект) / Тарас Шепель. — Київ, 2017. — 17 с.
15. *Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів* : пояснювальна записка до проекту Закону України № 6232 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=61415&/pf35401=419150>
16. *Фролов О.* Міжнародний комерційний арбітраж крізь призму конституційного звернення щодо офіційного тлумачення положень п. 5 ч. 1 ст. 80 Господарського процесуального кодексу України / О. Фролов // *Право України*. — 2016. — № 8. — С. 160–194.
17. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду) у справі № 1-3/2008 від 10 січня 2008 року № 1-рп/2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08>*
18. *Конституція України* від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (зі змінами та доповненнями) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>
19. *Селівон М.* Про деякі питання взаємодії з міжнародним арбітражем / М. Селівон // *Право України*. — 2014. — № 12. — С. 27–28.
20. *Фролов О.* Арбітрабельність спорів щодо приватизації державного майна / О. Фролов // *Право України*. — 2016. — № 6. — С. 167–187.
21. *Про третейські суди* : Закон України від 11 травня 2004 р. № 1701-IV (із змінами і доповненнями) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>
22. *Про міжнародний комерційний арбітраж* : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII (із змінами і доповненнями) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>
23. *Здійснення державних закупівель в Україні за 2015 рік* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/fin/zakup/zakup\\_u/zak415\\_u.htm](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/fin/zakup/zakup_u/zak415_u.htm)
24. *Валовий внутрішній продукт за 2015 рік. СНР-2008* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/vvp/vvp\\_kv/vvp\\_kv\\_u/vvpf\\_kv2015\\_u\\_n.htm](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/vvp/vvp_kv/vvp_kv_u/vvpf_kv2015_u_n.htm)
25. *Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України* : Закон України від 13 травня 1997 р. № 251/97-ВР [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/251/97-vr>
26. *Ukraine. Arbitration-friendly, 2011–2012* : статистичний звіт / уклад. К. Пільков. — Київ : Cai & Lenard, 2012. — 29 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://c-n-l.eu/assets/files/jurisdiction\\_statistical\\_report\\_ua.pdf](http://c-n-l.eu/assets/files/jurisdiction_statistical_report_ua.pdf)
27. *Ukraine. Arbitration-friendly, 2013–2014* : статистично-аналітичний огляд / уклад. К. Пільков. — Київ : Cai & Lenard, 2014. — 27 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://c-n-l.eu/assets/files/ENFORCEMENT\\_OF\\_ARBITRATION\\_AWARDS\\_IN\\_UKRAINE\\_2013-2014%20/%28UA%29.pdf](http://c-n-l.eu/assets/files/ENFORCEMENT_OF_ARBITRATION_AWARDS_IN_UKRAINE_2013-2014%20/%28UA%29.pdf)
28. *Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 29 червня 2006 р. у справі № 6-640кс05* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34737>
29. *Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо оскарження рішення третейського суду та видачі виконавчого документа на примусове виконання рішення третейського суду* : Закон України від 3 лютого 2011 р. № 2980-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2980-17>
30. *Romanova S. Ukraine / Svitlana Romanova, Olga Shenk & Kseniia Pogruzhska // Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook. — 2011–2012 (JurisNet, LLC 2012).*
31. *Astapov A. General Policy of Ukraine Towards Arbitration / Andrey Astapov // Arbitration in CIS Countries: Current Issues 49 / Association for International Arbitration ed. — Maklu, 2012.*
32. *Беляневич В. Е.* Господарський процесуальний кодекс України (із змінами і доповненнями станом на 1 серпня 2014 року) : наук.-практ. комент. / В. Е. Беляневич ; Юрид. фірма «Василь Кисіль і партнери». Адвокати і правники. — 4-те вид., перероб. і допов. — Київ : Юстініан, 2014. — 1299 с.
33. *Воронов К. М.* Арбітрабельність як передумова розгляду справи міжнародним комерційним арбітражем / К. М. Воронов // *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. — 2015. — № 1151. — Вип. № 19. — С. 181–184. — (Серія «Право») [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21D/BN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/VKhIPR\\_2015\\_1151\\_19\\_48.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21D/BN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/VKhIPR_2015_1151_19_48.pdf)

34. *Кравчук Г.* Арбитрабельность споров в контексте статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины / Геннадий Кравчук // Материалы II Международных чтений памяти академика Побирченко И. Г. (13 ноября 2014 года) : сб. докладов / МКАС при ТПП Украины. — Киев, 2015. — С. 15–21 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://arb.ucci.org.ua/publ/gept2014reading.pdf>
35. *Петров Я.* Влияние законодательных положений об исключительной подсудности на арбитрабельность споров: российский опыт и его последствия для Украины / Ярослав Петров // Альтернативное разрешение споров. — 2013. — № 2. — С. 75–81.
36. *Slipachuk T.* Ukraine / Tetyana Slipachuk // Arbitration / Gerhard Wegen & Stephan Wilske eds. — Law Business Research Ltd, 2011.
37. *Filatov O.* Ukraine / Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov // Arbitration / Gerhard Wegen & Stephan Wilske eds. — Law Business Research Ltd, 2012 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.vkr.ua/content/files/articles/26.03.2012.pdf>
38. *Filatov O.* Ukraine / Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov // Arbitration / Gerhard Wegen & Stephan Wilske eds. — Law Business Research Ltd, 2013 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.vkr.ua/content/files/a2013\\_ukraine.pdf](http://www.vkr.ua/content/files/a2013_ukraine.pdf)
39. *Filatov O.* Ukraine / Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov // Arbitration — / Gerhard Wegen & Stephan Wilske eds. — Law Business Research Ltd, 2014 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.vkr.ua/content/files/a2014\\_ukraine\\_final.pdf](http://www.vkr.ua/content/files/a2014_ukraine_final.pdf)
40. *Alyoshin O. Y.* Ukraine / Oleg Y Alyoshin & Yuriy Dobosh // Arbitration / Gerhard Wegen & Stephan Wilske eds. — Law Business Research, 2016 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://vkr.ua/content/news/files/alyoshin\\_dobosh\\_gtdt\\_international\\_arbitration\\_2016\\_1458824125\\_en.pdf](http://vkr.ua/content/news/files/alyoshin_dobosh_gtdt_international_arbitration_2016_1458824125_en.pdf)
41. *Filatov O.* Ukraine / Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov // The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration. — Global Legal Group Ltd, 2012 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.vkr.ua/content/files/articles/21.08.2012.pdf>
42. *Filatov O.* Ukraine / Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov // The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration. — Global Legal Group Ltd, 2013 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://vkr.ua/content/files/ia13\\_ukraine\\_ver2\\_approved.pdf](http://vkr.ua/content/files/ia13_ukraine_ver2_approved.pdf)
43. *Byelousov P.* Ukraine / Pavlo Byelousov // The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration / Steven Finizio & Charlie Caher eds. — Global Legal Group Ltd, 2015 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://aequo.com.ua/content/news/files/iclg\\_international\\_arbitration\\_ukraine\\_pavlo\\_byelousov\\_2015\\_1438349468\\_en\\_1444129907\\_ua.pdf](http://aequo.com.ua/content/news/files/iclg_international_arbitration_ukraine_pavlo_byelousov_2015_1438349468_en_1444129907_ua.pdf)
44. *Martinenko O.* Ukraine / Olexander Martinenko & Olga Shenk // The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration / Steven Finizio & Charlie Caher eds. — Global Legal Group Ltd, 2016 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/international-arbitration-/international-arbitration-2016/ukraine>
45. *Slipachuk T.* Ukraine / Tatyana Slipachuk // Arbitration Guide / Lawrence Schaner & David Arias eds. — 2012. — February [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=32AE0CB2-025E-4B9A-81E0-3DA171FD74FC>
46. *Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб* : Закон України від 22 грудня 1995 р. № 493/95-ВР (зі змінами та доповненнями) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2289-17>
47. *Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV (зі змінами та доповненнями)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
48. *Про публічні закупівлі* : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>
49. *Paulsson J.* The Idea of Arbitration / Jan Paulsson. — Oxford University Press, 2014.
50. *Dr Manuel Penades Fons*, Lecturer in Commercial Law, King's College London, Presentation at the Arbitration Alumni Meeting at the London School of Economics and Political Science: The Reform of the Insolvency Regulation and International Arbitration (Mar. 18, 2017).
51. *Petrov Ya.* Ukraine / Yaroslav Petrov & Anna Tkachova // International Arbitration 2016, Chapter 5.1 (21 October 2016) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://practiceguides.chambersandpartners.com/practice-guides/comparison/265/125/E334-O-193-197-200-204-207-233-240-211-215-216-220-224->
52. *Slipachuk T.* Ukraine / Tatyana Slipachuk // Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe / Christoph Liescher & Alice A. Fremuth-Wolf eds. — JurisNet, LLC, 2011.
53. *Трушников С. С.* Взаимодействие институтов несостоятельности и коммерческого арбитража в законодательстве и судебной практике различных государств / С. С. Трушников // Международный коммерческий арбитраж. — 2006. — № 2 (апр.—июнь). — С. 108–124 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://vestnik.pdf?bcsi\\_scan\\_101f9ca0b77a944d=1](http://vestnik.pdf?bcsi_scan_101f9ca0b77a944d=1)
54. *Шекина Е. А.* Неарбитрабельные споры по законодательству Украины / Е. А. Шекина // Проблеми законності. — 2010. — Вип. 109. — С. 141–148 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/3144/1/109\\_17.pdf](http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/3144/1/109_17.pdf)
55. *Ходыкин Р. М.* Несостоятельность и международный коммерческий арбитраж / Р. М. Ходыкин // Вестник Международного коммерческого арбитража. — 2010. — № 1 (янв.—июнь). — С. 12–27



- [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://arbitrationreview.ru/wp-content/uploads/2016/02/N1-2010.pdf>
56. *Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом* : Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII (зі змінами та доповненнями) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>
  57. *Romanova S. Ukraine / Svitlana Romanova, Olga Shenk & Kseniia Pogruzhal'ska // Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2013–2014.* — JurisNet, LLC, 2014.
  58. *1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters // EUR-LEX.europa.eu = Access to European Union law* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&fom=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&fom=EN)
  59. *Case 133/78, Gourdain v. Nadler 1979 E.C.R. 733, 744.*
  60. *Case C-339/07, Seagon v. Deko 2009 E.C.R. I-767, para. 19.*
  61. *Case C-111/08, SCT v. Alpenblume 2009 E.C.R. I-5655, para. 31.*
  62. *Case C-292/08, German Maschinen v. Schee 2009 E.C.R. I-8421, para. 33.*
  63. *Про приватизацію державного майна* : Закон України від 4 березня 1992 р. № 2163-XII (зі змінами та доповненнями) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2163-12>
  64. *Занят* щодо проекту Закону України «Про приватизацію державного майна» : додаток до електронного листа Фонду державного майна України від 29 березня 2017 року (відповідь на електронний лист Фролова О. М. від 29 березня 2017 року).
  65. *Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення процесу приватизації* : Закон України від 16 лютого 2016 р. № 1005-VIII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1005-19>
  66. *Suda v. Czech Republic App. № 1643/06* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-101333>
  67. *Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки* : методичні рекомендації / Апарат Верховної Ради України. — 4-те вид., виправ. і доп. — Київ, 2014. — 39 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak\\_rules.pdf](http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak_rules.pdf)
  68. *Olga Gurgula, Senior Associate at Engarde Law Firm, Presentation at Polish/Ukrainian Twin Conference: Arbitrability of Corporate Disputes in Ukraine (Apr. 26, 2013)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://uba.ua/documents/doc/olga\\_gurgula.pdf](http://uba.ua/documents/doc/olga_gurgula.pdf)
  69. *Лукач І. В. Альтернативні шляхи вирішення корпоративних спорів / І. В. Лукач // Адміністративне право і процес. — 2014. — № 3 (9). — С. 66–76* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://aplaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-9-2014/item/download/263\\_ba490e3afbe863841be8e/119a76bb3ed](http://aplaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-9-2014/item/download/263_ba490e3afbe863841be8e/119a76bb3ed)
  70. *Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних відносин* : постанова пленуму Вишого господарського суду України від 25 лютого 2016 р. № 4 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16>
  71. *Про практику розгляду судами корпоративних спорів* : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08/conv>
  72. *INTERNATIONAL ARBITRAGE COMPANY LTD* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://offshoreleaks.icij.org/nodes/10121379>
  73. *Ухвала Жовтневого суду міста Дніпропетровська від 28 листопада 2011 р. у справі № 2-к-2/11 за клопотанням МАМВОТІА LIMITED про визнання та надання дозволу на примусове виконання арбітражного рішення арбітражного суду International Arbitrage Company, винесеного проти ТОВ «КОНТИНЕНТСЕРВІС»* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21379599>
  74. *Ухвала Жовтневого суду міста Дніпропетровська від 22 квітня 2009 р. у справі № 2-к-1/2009 за клопотанням Fantan Trading Limited про визнання та надання дозволу на примусове виконання арбітражного рішення арбітражного суду International Arbitrage Company, винесеного проти ТОВ «Спарта»* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5881106>
  75. *Ухвала Васильківського районного суду Дніпропетровської області від 19 квітня 2010 р. у справі № 2к-1/10* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51186730>
  76. *Ухвала Приморського районного суду міста Одеси від 21 вересня 2016 р. у справі № 522/14695/14-ц* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61970552>
  77. *Ухвала Апеляційного суду Одеської області про відкриття апеляційного провадження від 6 грудня 2016 р. у справі № 22-ц/785/8746/16* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63241443>
  78. *Ухвала Апеляційного суду Одеської області від 24 січня 2017 р. у справі № 22-ц/785/2015/17* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64242895>
  79. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо питань судового контролю та підтримки міжнародного комерційного арбітражу* : проект Закону України від 31 березня 2016 р.

- № 4351 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?i/d=&pf3511=58601&pf35401=382276>
80. *Цивільний процесуальний кодекс України* : проект для обговорення, станом на 23 березня 2017 року [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://jrc.org.ua/upload/steps/e6f8b2bd1bb9cf/0e201d18e3c2444673.pdf>
  81. *Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г. (с изменениями и дополнениями)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_070](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_070)
  82. *Poudret J.-F. Comparative Law of International Arbitration / Jean-François Poudret & Sébastien Besson.* — 2<sup>nd</sup> ed. — Sweet & Maxwell, 2007.
  83. *van den Berg A. J. The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation / Albert Jan van den Berg.* — Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.
  84. *Todd J. Fox Article II (3) New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award / Todd J. Fox & Stephan Wilske ; Reinmar Wölff ed.* — C.H. Beck & Hart Publishing, 2012.
  85. *Schramm D. Article II, in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention / Dorothee Schramm, Elliott Geisinger & Philippe Pinsolle, Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al. (eds.).* — Kluwer Law International, 2010.
  86. *Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. (с изменениями и дополнениями)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_069](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_069)
  87. *Hasher D. T. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 / Dominique T. Hasher.* — Y. B. Int'l Com. Arb, 2011.
  88. *International Council for International Arbitration, ICCA's Guide to International Arbitration of 1958 New York Convention (2011)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges\\_guide\\_english\\_composite\\_final\\_jan2014.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges_guide_english_composite_final_jan2014.pdf)
  89. *Marike R. P. Paulsson. The 1958 New York Convention in Action / Marike R. P. Paulsson.* — Kluwer Law International, 2016.
  90. *U. N. Commission on International Trade Law, Summary records of the 312<sup>th</sup> meeting on international commercial arbitration (continued), Y.B. of the U.N. Commission on International Trade Law.* — 1985. — Vol. XVI [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/312meeting-e.pdf>
  91. *Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже от 21 июня 1985 г. (с изменениями и дополнениями)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_879](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_879)
  92. *U. N. Commission on International Trade Law, UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.* — United Nations, 2016 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016/Guide\\_on\\_the\\_Convention.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016/Guide_on_the_Convention.pdf)
  93. *Zivilprozessordnung [ZPO] [Code of Civil Procedure]* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html#p3553](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3553)
  94. *Захватаев В. Н. Арбитражно-правовые системы стран мира : в 2 т. / В. Н. Захватаев.* — Киев : Алерта, 2017. — Т. 1. — 1066 с.
  95. *Arbitration Act 1996, § 9 (Eng.)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/9>
  96. *Channel Tunnel Group Ltd. and others v. Balfour Beatty Construction Ltd. and others [1993] 1 Lloyd's Rep. 291, 301* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view/htm?id=149754>
  97. *International Arbitration Act 1974, § 7 (Austl.)* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/iaa1974276/s7.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/s7.html)

## REFERENCES

1. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Tsyvilnoho protsesual'noho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv: proekt Zakonu Ukrainy vid 23 bereznia 2017 r. № 6232 [On amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Code of Administrative Proceedings of Ukraine and other legislative acts: Draft Law of Ukraine dated March 23, 2017 № 6232]. Available at: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=61415&/pf35401=419014>
2. Selivon N. Nekorrektnoe provedenie [Inaccurate Conduct], *Yuridicheskaya praktika*, 2016, no. 15 (955), 12 apr. Available at: <http://pravo.ua/article.php?id=100113176>
3. Selivon M. Mykola Selivon: «Iakym naspravdi maie buty pravove rehuliuвання kompetensii treitejskykh sudiv i mizhnarodnoho komertsiinoho arbitrazhu» [«What should be the legal regulation of the competence of arbitration courts and international commercial arbitration»], *Dilovyi visnyk*, 2016, no. 4 (263), pp. 30–33.
4. Veremko V. Reforma v protsesi. Iak novyi HPK zminyt pravyla hry dlia storin i do iakych ryzykiv im slid hotuvatysia [Reform in the process. How the new IPC will change the rules of the game for the parties]

- and what risks they should prepare], *Zakon i biznes*, 2016, no. 16 (1262), 16–22 kvit. Available at: [http://zib.com.ua/ua/123054-yak\\_noviy\\_gpk\\_zमित\\_pravila\\_gri\\_dlya\\_storin\\_i\\_do\\_yakih\\_rizi.html](http://zib.com.ua/ua/123054-yak_noviy_gpk_zमित_pravila_gri_dlya_storin_i_do_yakih_rizi.html)
5. Filatov A. Zashchitnye manery [Protective manners], *Yuridicheskaya praktika*, 2017, no. 13 (1005), 28 mar. Available at: <http://pravo.ua/article.php?id=100115131>
  6. Opryliudneno proekty trokh novykh protsesualnykh kodeksiv [Projects of three new procedural codes]. Available at: <http://jrc.org.ua/news/article/111>
  7. Protseualne zakonodavstvo [Procedural law]. Available at: [http://jrc.org.ua/steps/step/procesual%27/ne\\_zakonodavstvo](http://jrc.org.ua/steps/step/procesual%27/ne_zakonodavstvo)
  8. Frolov A. Vėrkhovnyy i edinstvennyy. Nekotorye razmyshleniya ob uprazhnenii Vysshogo khozyaystvennogo suda Ukrainy [Supreme and unique. Some Thoughts on the Abolition of the Supreme Economic Court of Ukraine]. Available at: <https://legal.report/author-16/verhovnyj-i-edinstvennyj>
  9. Pro sudoustrii i status suddiv: Zakon Ukrainy vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII (zi zminamy i dopovnenniamy) [On the Judicial System and the Status of Judges: Law of Ukraine dated June 2, 2016, № 1402-VIII (with amendments and additions)]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/conv>
  10. Malskyi M. Pravovi aspekty vyznachennia sporiv, iaki mozhut peredavatysia na rozhljad do mizhnarodnoho komertsiihnoho arbitrazhu [Legal aspects of the definition of disputes that may be referred to the International Economical Arbitration], *Alternatyvne vyrishennia sporiv*, 2013, no. 1, pp. 9–15.
  11. Podtserkovnyy O. MKASimalnoe uskorenie [Maximum acceleration], *Yuridicheskaya praktika*, 2017, no. 6 (998), 7 fevr., pp. 32–33.
  12. Anton Sotir & Anastasiia Slobodeniuk. Ukraine, International Arbitration, Global Legal Group, 2015. Available at: [http://goldengate-law.com/documents/GLI\\_Arbitration\\_in\\_Ukraine.pdf](http://goldengate-law.com/documents/GLI_Arbitration_in_Ukraine.pdf)
  13. Kruhlyi stil «Arbitrabelnist sporiv: kudy my idemo?» (Kyiv, 5 kvit. 2017 r.) [Round Table «Arbitrable Disputes: Where We Go?» (Kiev, April 5, 2017)]. Available at: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/events/rtab050417.html>
  14. Shepel T. Kontseptsia reformy ta rozvytku arbitrazhnykh instytutsii v Ukraini: proekt [The Concept of Reform and Development of Arbitrage Institutions in Ukraine: project], Kyiv, 2017, 17 p.
  15. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protseualnoho kodeksu Ukrainy, Tsyvilnoho protseualnoho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv: poiasniuvalna zapyska do proektu Zakonu Ukrainy № 6232 [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: explanatory note to the draft Law of Ukraine № 6232]. Available at: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=61415&pf35401=419150>
  16. Frolov O. Mizhnarodnyi komertsiiinyi arbitrazh kriz pryzmu konstytutsiihnoho zvernennia shchodo ofitsiihnoho tлумachennia polozhen p. 5 ch. 1 st. 80 Hospodarskoho protseualnoho kodeksu Ukrainy [International commercial arbitration through the prism of the constitutional appeal regarding the official interpretation of the provisions of paragraph 5 of Part 1 of Art. 80 Commercial Procedural Code of Ukraine], *Pravo Ukrainy*, 2016, no. 8, pp. 160–194.
  17. Rishennia Konstytutsiihnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiihnyim podanniam 51 narodnoho deputata Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiihnosti) polozhen abzatsiv somoho, odyndatsiatoho statti 2, statti 3, punktu 9 statti 4 ta rozdil VIII «Treteiske samovriaduvannia» Zakonu Ukrainy «Pro treteiski sudy» (sprava pro zavdannia treteiskoho sudu) u spravi № 1-3/2008 vid 10 sichnia 2008 roku № 1-rp/2008 [The decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional petition of 51 people's deputies of Ukraine regarding the compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the provisions of the paragraphs of the seventh, eleventh article 2, article 3, clause 9 of article 4 and section VIII «arbitrary self-government» of the Law of Ukraine «On arbitration courts» (Case on the task of the arbitral tribunal) in the case № 1-3/2008 of January 10, 2008 № 1-rp/2008]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08>
  18. Konstytutsiia Ukrainy vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR (zi zminamy ta dopovnenniamy) [Constitution of Ukraine of June 28, 1996 No. 254k/96-VR (with amendments and additions)]. Available at: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>
  19. Selivon M. Pro deiaki pytannia vzaiemodii z mizhnarodnym arbitrazhem [On Some Issues of Interaction with International Arbitration], *Pravo Ukrainy*, 2014, no. 12, pp. 27–28.
  20. Frolov O. Arbitrabelnist sporiv shchodo pryvatyzatsii derzhavnoho maina [The arbitration of disputes concerning the privatization of state property], *Pravo Ukrainy*, 2016, no. 6, pp. 167–187.
  21. Pro treteiski sudy: Zakon Ukrainy vid 11 travnia 2004 r. № 1701-IV (iz zminamy i dopovnenniamy) [On arbitration courts: Law of Ukraine dated May 11, 2004 № 1701-IV (with amendments and additions)]. Available at: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>
  22. Pro mizhnarodnyi komertsiiinyi arbitrazh: Zakon Ukrainy vid 24 liutoho 1994 r. № 4002-XII (iz zminamy i dopovnenniamy) [About International Commercial Arbitration: Law of Ukraine dated February 24, 1994 № 4002-XII (with amendments and additions)]. Available at: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>
  23. Zdiisnennia derzhavnykh zakupivel v Ukraini za 2015 rik [Implementation of state purchases in Ukraine for 2015]. Available at: [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/fin/zakup/zakup\\_u/zak415\\_u./htm](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/fin/zakup/zakup_u/zak415_u./htm)

24. Valovyi vnutrishnii produkt za 2015 rik. SNP-2008 [Gross internal product for 2015. SNR-2008]. Available at: [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/vvp/vvp\\_kv/vvp\\_kv\\_u/vvpf\\_kv2015\\_u\\_n./htm](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2015/vvp/vvp_kv/vvp_kv_u/vvpf_kv2015_u_n./htm)
25. Pro vnesennia zmin do Arbitrazhnogo protsesualnogo kodeksu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13 travnia 1997 r. № 251/97-VR [On amendments to the Arbitration Procedural Code of Ukraine: Law of Ukraine dated May 13, 1997 № 251/97-VR]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/251/97-vr>
26. Ukraine. Arbitration-friendly, 2011–2012: statystychnyi zvit [Ukraine. Arbitration-friendly, 2011–2012: Statistical Report], Kyiv: Cai & Lenard, 2012, 29 p. Available at: [http://c-n-l.eu/assets/files/jurisdiction\\_statistical\\_report\\_ua.pdf](http://c-n-l.eu/assets/files/jurisdiction_statistical_report_ua.pdf)
27. Ukraine. Arbitration-friendly, 2013–2014: statystychno-analitychnyi ohliad [2013–2014: Statistical analytical review], Kyiv: Cai & Lenard, 2014, 27 p. Available at: [http://c-n-l.eu/assets/files/ENFORCEMENT\\_OF\\_ARBITRATION\\_AWARDS\\_IN\\_UKRAINE\\_2013-2014%20%28UA%29.pdf](http://c-n-l.eu/assets/files/ENFORCEMENT_OF_ARBITRATION_AWARDS_IN_UKRAINE_2013-2014%20%28UA%29.pdf)
28. Ukhvala kolehii suddiv Sudovoi palaty u tsyvilnykh spravakh Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 29 chervnia 2006 r. u spravi № 6-640ks05 [Decree of the panel of judges of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Ukraine dated June 29, 2006 in the case № 6-640ks05]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34737>
29. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protsesualnogo kodeksu Ukrainy shchodo oskarzhennia rishennia treteis-koho sudu ta vydachi vykonavchoho dokumenta na prymusove vykonannia rishennia treteis-koho sudu: Zakon Ukrainy vid 3 liutoho 2011 r. № 2980-VI [On amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine regarding appealing against the decision of the arbitral tribunal and the issuance of an executive document for the enforcement of the arbitration court judgment: Law of Ukraine dated February 3, 2011 № 2980-VI]. Available at: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2980-17>
30. Romanova S. Ukraine, *Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook, 2011–2012* (JurisNet, LLC 2012).
31. Andrey Astapov General Policy of Ukraine Towards Arbitration, *Arbitration in CIS Countries: Current Issues* 49, Maklu, 2012.
32. Belyanevich V. E. Gospodarskiy protsesualniy kodeks Ukraïni (iz zminami i dopovnennyami stanom na 1 serpnia 2014 roku) [Economic Procedural Code of Ukraine (with amendments and supplements as of August 1, 2014)], Kyiv: Yustinian, 2014, 1299 p.
33. Voronov K. M. Arbitrabelnist iak peredumova rozhlidu spravy mizhnarodnym komertsiinym arbitrazhem [Arbitrability as a precondition for consideration of a case by international commercial arbitration], *Visnyk Kharkivskoho natsionalnogo universytetu imeni V. N. Karazina*, 2015, no. 1151, Issue 19, pp. 181–184. Available at: [irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN/=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/VKhIPR\\_2015\\_1151\\_19\\_48.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN/=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/VKhIPR_2015_1151_19_48.pdf)
34. Kravchuk G. Arbitrabilnost sporov v kontekste stati 12 Khozyaystvennogo protsessualnogo kodeksa Ukrainy [Arbitration of disputes in the context of Article 12 of the Economic Procedural Code of Ukraine], *Materialy II Mezhdunarodnykh chteniy pamyati akademika Pobirchenko I. G.* (13 noyabrya 2014 goda), Kiev, 2015, pp. 15–21. Available at: <http://arb.ucci.org.ua/publ/rept2014reading.pdf>
35. Petrov Ya. Vliyanie zakonodatelnykh polozheniy ob isklyuchitelnoy podsudnosti na arbitrabelnost sporov: rossiyiskiy opyt i ego posledstviya dlya Ukrainy [The Influence of Legislative Provisions on Exclusive Jurisdiction on the Arbitrability of Disputes: Russian Experience and its Consequences for Ukraine], *Alternativnoe razreshenie sporov*, 2013, no. 2, pp. 75–81.
36. Tetyana Slipachuk. Ukraine, *Arbitration*, Law Business Research Ltd, 2011.
37. Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov. *Arbitration*, Law Business Research Ltd, 2012. Available at: <http://www.vkp.ua/content/files/articles/26.03.2012.pdf>
38. Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov. Ukraine, *Arbitration*, Law Business Research Ltd, 2013. Available at: [http://www.vkp.ua/content/files/a2013\\_ukraine.pdf](http://www.vkp.ua/content/files/a2013_ukraine.pdf)
39. Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov. Ukraine, *Arbitration*, Law Business Research Ltd, 2014. Available at: [http://www.vkp.ua/content/files/a2014\\_ukraine\\_final.pdf](http://www.vkp.ua/content/files/a2014_ukraine_final.pdf)
40. Oleg Y Alyoshin & Yuriy Dobosh, Ukraine, *Arbitration*, Law Business Research, 2016. Available at: [http://vkp.ua/content/news/files/alyoshin\\_dobosh\\_gtdt\\_international\\_arbitration\\_2016\\_1458824125/en.pdf](http://vkp.ua/content/news/files/alyoshin_dobosh_gtdt_international_arbitration_2016_1458824125/en.pdf)
41. Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov. Ukraine, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, Global Legal Group Ltd, 2012. Available at: <http://www.vkp.ua/content/files/articles/21.08.2012.pdf>
42. Oleksiy Filatov & Pavlo Byelousov. Ukraine, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, Global Legal Group Ltd, 2013. Available at: [http://vkp.ua/content/files/ia13\\_ukraine\\_ver2/approved.pdf](http://vkp.ua/content/files/ia13_ukraine_ver2/approved.pdf)
43. Pavlo Byelousov. Ukraine, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, Global Legal Group Ltd, 2015. Available at: [http://aequo.com.ua/content/news/files/iclg\\_international/arbitration\\_ukraine\\_pavlo\\_byelousov\\_2015\\_1438349468\\_en\\_1444129907\\_ua.pdf](http://aequo.com.ua/content/news/files/iclg_international/arbitration_ukraine_pavlo_byelousov_2015_1438349468_en_1444129907_ua.pdf)

44. Olexander Martinenko & Olga Shenk. Ukraine, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, Global Legal Group Ltd, 2016. Available at: <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/international-arbitration-/international-arbitration-2016/ukraine>
45. Tatyana Slipachuk. Ukraine, *Arbitration Guide*, 2012, February. Available at: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=32AE0CB2-025E-4B9A-81E0-3DA171FD74FC>
46. Pro derzhavne zamovlennia dlia zadovolennia priorytetnykh derzhavnykh potreb: Zakon Ukrainy vid 22 hrudnia 1995 r. № 493/95-VR (zi zminamy ta dopovnenniamy) [About the state order for the satisfaction of the priority state needs: Law of Ukraine dated December 22, 1995 № 493/95-VR (with amendments)]. Available at: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2289-17>
47. Hospodarskyi kodeks Ukrainy vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV (zi zminamy ta dopovnenniamy) [Economic Code of Ukraine dated January 16, 2003 №. 436-IV (with amendments and supplements)]. Available at: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
48. Pro publichni zakupivli: Zakon Ukrainy vid 25 hrudnia 2015 r. № 922-VIII [On Public Procurement: Law of Ukraine dated December 25, 2015, № 922-VIII]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>
49. Paulsson J. *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2014.
50. Dr Manuel Penades Fons, Lecturer in Commercial Law, King's College London, Presentation at the Arbitration Alumni Meeting at the London School of Economics and Political Science: The Reform of the Insolvency Regulation and International Arbitration (Mar. 18, 2017).
51. Yaroslav Petrov & Anna Tkachova. Ukraine, *International Arbitration 2016*, Chapter 5.1 (21 October 2016). Available at: <http://practiceguides.chambersandpartners.com/practice-guides/comparison/265/125/E334-O-193-197-200-204-207-233-240-211-215-216-220-224->
52. Tatyana Slipachuk. Ukraine, *Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe*, JurisNet, LLC, 2011.
53. Trushnikov S. S. Vzaimodeystvie institutov nesostoyatelnosti i kommercheskogo arbitrazha v zakonodatelstve i sudebnoy praktike razlichnykh gosudarstv [Interaction of insolvency institutes and commercial arbitration in the legislation and judicial practice of various states], *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh*, 2006, no. 2 (apr.–iyun), pp. 108–124. Available at: [http://vestnik.pdf?bcsi\\_scan\\_101f9ca0b77a944d=1](http://vestnik.pdf?bcsi_scan_101f9ca0b77a944d=1)
54. Shchekina E. A. Nearbitrabelnye spory po zakonodatelstvu Ukrainy [Non-arbitrary disputes under the legislation of Ukraine], *Problemy zakonnosti*, 2010, Issue 109, pp. 141–148. Available at: [http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/3144/1/109\\_17.pdf](http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/3144/1/109_17.pdf)
55. Khodykin R. M. Nesostoyatelnost i mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh [Insolvency and International Economical Arbitration], *Vestnik Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, 2010, no. 1 (yanv.–iyun), pp. 12–27. Available at: <http://arbitrationreview.ru/wp-content/uploads/2016/02/N1-2010.pdf>
56. Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia ioho bankrutom: Zakon Ukrainy vid 14 travnia 1992 r. № 2343-XII (zi zminamy ta dopovnenniamy) [On restoration of the debtor's solvency or recognition thereof as a bankrupt: Law of Ukraine dated May 14, 1992 № 2343-XII (with amendments and additions)]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>
57. Svitlana Romanova, Olga Shenk & Kseniia Pogruzhska. Ukraine, *Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2013–2014*, JurisNet, LLC, 2014.
58. 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, EUR-LEX.europa.eu = Access to European Union law. Available at: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN)
59. Case 133/78, Gourdain v. Nadler 1979 E.C.R. 733, 744.
60. Case C-339/07, Seagon v. Deko 2009 E.C.R. I-767, para. 19.
61. Case C-111/08, SCT v. Alpenblume 2009 E.C.R. I-5655, para. 31.
62. Case C-292/08, German Maschinen v. Schee 2009 E.C.R. I-8421, para. 33.
63. Pro pryvatyzatsiiu derzhavnoho maina: Zakon Ukrainy vid 04 bereznia 1992 r. № 2163-XII (zi zminamy ta dopovnenniamy) [On privatization of state property: Law of Ukraine dated March 4, 1992 № 2163-XII (with amendments and additions)]. Available at: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2163-12>
64. Zapyt shchodo proektu Zakonu Ukrainy «Pro pryvatyzatsiiu derzhavnoho maina»: dodatok do elektronnoho lysta Fondu derzhavnoho maina Ukrainy vid 29 bereznia 2017 roku (vidpovid na elektronnyi lyst Frolova O. M. vid 29 bereznia 2017 roku) [Request for a draft Law of Ukraine «On the Privatization of State Property»: an appendix to the letter of the State Property Fund of Ukraine dated March 29, 2017 (response to the email of Frolova OM from March 29, 2017)].
65. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy shchodo vdoskonalennia protsesu pryvatyzatsii: Zakon Ukrainy vid 16 liutoho 2016 r. № 1005-VIII [On amendments to some laws of Ukraine on improving the privatization process: Law of Ukraine dated February 16, 2016, № 1005-VIII]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1005-19>
66. Suda v. Czech Republic App. № 1643/06. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-101333>
67. Pravyla oformlennia proektiv zakoniv ta osnovni vymohy zakonodavchoi tekhniki: metodychni rekomendatsii [Rules of drafting laws and basic requirements of legislative technique: methodical recommendations Rules of drafting laws and basic requirements of legislative technique: methodical recommendations], Kyiv, 2014, 39 p. Available at: [http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak\\_rules.pdf](http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak_rules.pdf)

68. Olga Gurgula, Senior Associate at Engarde Law Firm, Presentation at Polish/Ukrainian Twin Conference: Arbitrability of Corporate Disputes in Ukraine (Apr. 26, 2013). Available at: [http://uba.ua/documents/doc/olga\\_gurgula.pdf](http://uba.ua/documents/doc/olga_gurgula.pdf)
69. Lukach I. V. Alternatyvni shliakhy vyrishennia korporatyvnykh sporiv [Alternative ways to resolve corporate disputes], *Administratyvne pravo i protses*, 2014, no. 3 (9), pp. 66–76. Available at: [http://aplaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-9-2014/item/download/263\\_ba490e3afbe863841be8e/119a76bb3ed](http://aplaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-9-2014/item/download/263_ba490e3afbe863841be8e/119a76bb3ed)
70. Pro deiaki pytannia praktyky vyrishennia sporiv, shcho vynykaiut z korporatyvnykh vidnosyn: postanova plenumu Vysshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 25 liutoho 2016 r. № 4 [On some issues of the practice of resolving disputes arising from corporate relations: the resolution of the Plenum of the Supreme Economic Court of Ukraine dated February 25, 2016, № 4]. Available at: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16>
71. Pro praktyku rozhlidu sudamy korporatyvnykh sporiv: postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 24 zhovtnia 2008 r. № 13 [On the practice of consideration by the courts of corporate disputes: the resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine of October 24, 2008 № 13]. Available at: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08/conv>
72. INTERNATIONAL ARBITRAGE COMPANY LTD. Available at: <https://offshoreleaks.icij.org/nodes/10121379>
73. Ukhvala Zhovtnevoho sudu mista Dnipropetrovska vid 28 lystopada 2011 r. u spravi № 2-k-2/11 za klopotanniam MAMBOTOLIA LIMITED pro vyznannia ta nadannia dozvolu na prymusove vykonannia arbitrazhnoho rishennia arbitrazhnoho sudu International Arbitrage Company, vnesenoho proty TOV «KONTYNENTSERVIS» [The decision of the Zhovtnevyi Court of the city of Dnipropetrovsk from November 28, 2011 in case № 2-k-2/11 at the request of MAMBOTOLIA LIMITED on the recognition and granting of a permit for enforcement of the arbitration award of the International Arbitrage Company against the LLC KONTYNENTSERVIS]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21379599>
74. Ukhvala Zhovtnevoho sudu mista Dnipropetrovska vid 22 kvitnia 2009 r. u spravi № 2-k-1/2009 za klopotanniam Fantan Trading Limited pro vyznannia ta nadannia dozvolu na prymusove vykonannia arbitrazhnoho rishennia arbitrazhnoho sudu International Arbitrage Company, vnesenoho proty TOV «Sparta» [The decision of the Zhovtnevyi Court of Dnipropetrovsk dated April 22, 2009 in case № 2-k-1/2009 at the request of Fantan Trading Limited on the recognition and granting of a permit for the enforcement of an arbitration award of the International Arbitrage Company, issued against LLC «Sparta»]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5881106>
75. Ukhvala Vasylykivskoho raionnoho sudu Dnipropetrovs'koi oblasti vid 19 kvitnia 2010 r. u spravi № 2k-1/10 [The decision of the Vasylykivsky district court of Dnipropetrovsk region dated April 19, 2010 in case number 2k-1/10]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51186730>
76. Ukhvala Prymorskoho raionnoho sudu mista Odesy vid 21 veresnia 2016 r. u spravi № 522/14695/14-ts [The decision of the Primorsky District Court of Odessa from September 21, 2016 in the case № 522/14695/14-ts]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61970552>
77. Ukhvala Apeliatsiinoho sudu Odeskoi oblasti pro vidkryttia apeliatsiinoho provadzhenia vid 6 hrudnia 2016 r. u spravi № 22-ts/785/8746/16 [The decision of the Odessa Regional Court of Appeal to open the appeal proceedings dated December 6, 2016 in the case № 22-ts/785/8746/16]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63241443>
78. Ukhvala Apeliatsiinoho sudu Odeskoi oblasti vid 24 sichnia 2017 r. u spravi № 22-ts/785/2015/17 [The decision of the Odessa Regional Court of Appeal of January 24, 2017 in the case № 22-ts/785/2015/17]. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64242895>
79. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo pytan sudovoho kontroliu ta pidtrymky mizhnarodnoho komertsiiinoho arbitrazhu: projekt Zakonu Ukrainy vid 31 bereznia 2016 r. № 4351 [On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Issues of Judicial Control and Support to International Commercial Arbitration: Draft Law of Ukraine of March 31, 2016 № 4351]. Available at: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=58601&pf35401=382276>
80. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: [projekt dlia obhovorennia, stanom na 23 bereznia 2017 roku] [Civil Procedural Code of Ukraine: draft for discussion, as of March 23, 2017]. Available at: <http://jrc.org.ua/upload/steps/e6f8b2bd1bb9cf0e201d18e3c2444673.pdf>
81. Konventsia o priznanii i privedenii v ispolnenie inostrannykh arbitrazhnykh resheniy ot 10 iyunya 1958 g. (s izmeneniyami i dopolneniyami) [Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 (as amended and supplemented)]. Available at: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_070](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_070)
82. Poudret J.-F. Comparative Law of International Arbitration, Sweet & Maxwell, 2007.
83. Albert Jan van den Berg. The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.
84. Todd J. Fox & Stephan Wilske Article II (3) New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, C.H. Beck & Hart Publishing, 2012.
85. Schramm D. Article II, in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010.

86. Evropeyskaya konventsiya o vneshnetorgovom arbitrazhe ot 21 aprelya 1961 g. (zi zminami ta dopovnennyami) [European Convention on Foreign Trade Arbitration of April 21, 1961 (with amendments and additions)]. Available at: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_069](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_069)
87. Hasher D. T. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, Y.B. Int'l Com. Arb, 2011.
88. International Council for International Arbitration, ICCA's Guide to International Arbitration of 1958 New York Convention (2011). Available at: [http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges\\_guide\\_english\\_composite\\_final\\_jan2014.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges_guide_english_composite_final_jan2014.pdf)
89. Marike R. P. Paulsson. The 1958 New York Convention in Action, Kluwer Law International, 2016.
90. U.N. Commission on International Trade Law, Summary records of the 312th meeting on international commercial arbitration (continued), Y.B. of the U.N. Commission on International Trade Law, 1985, vol. XVI. Available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/312meeting-e.pdf>
91. Typovoi zakon IuNSYTRAL o mezhdunarodnom torhovom arbytrazhe ot 21 iyunia 1985 h. (iz zminamy i dopovnenniamy) [UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of June 21, 1985 (with amendments and additions)]. Available at: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_879](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_879)
92. U.N. Commission on International Trade Law, UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 2016. Available at: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016\\_Guide\\_on\\_the\\_Convention.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf)
93. Zivilprozessordnung [ZPO] [Code of Civil Procedure]. Available at: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html#p3553](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3553)
94. Zakhvataev V. N. Arbitrazhno-pravovye sistemy stran mira [Arbitration and legal systems of countries of the world], Kiev: Alerta, 2017, vol. 1, 1066 p.
95. Arbitration Act 1996, § 9 (Eng.). Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/9>
96. Channel Tunnel Group Ltd. and others v. Balfour Beatty Construction Ltd. and others [1993] 1 Lloyd's Rep. 291, 301. Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149754>
97. International Arbitration Act 1974, § 7 (Austl.). Available at: [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/iaa1974276/s7.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/s7.html)

*Рекомендовано до друку кафедрою господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.*

#### **Фролов О. Реформа національного процесуального законодавства: пропозиції до законопроекту № 6232 в частині міжнародного комерційного арбітражу**

**Анотація.** Статтю присвячено доктринальному дослідженню проекту закону № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» в частині міжнародного комерційного арбітражу.

На підставі аналізу останніх досягнень світової юридичної науки, автором було запропоновано цілу низку конкретних пропозицій до проекту Господарського процесуального кодексу України в частині міжнародного комерційного арбітражу та, зокрема, пропонується виключити з тексту законопроекту № 6232 положення, якими встановлюється неарбітрабельність визначених суб'єктом законодавчої ініціативи категорій спорів. Також автором було запропоновано зміни, імплементація яких дозволить забезпечити насправді проарбітражний підхід до тлумачення арбітражних угод.

Більше того, з огляду на необхідність досягнення еквілібріуму між можливістю порушення права на судовий захист — у разі вибору процесуальної форми направлення до арбітражу у вигляді припинення провадження у справі — та ймовірністю здійснення процесуальних диверсій шляхом багаторазового подання позовних заяв у справах, предмет яких охоплюється обсягом арбітражної угоди — у разі залишення позову без розгляду — автор дійшов висновку про доцільність зміни процесуальної моделі направлення сторін до арбітражу з залишення позову без розгляду на зупинення провадження у справі.

**Ключові слова:** арбітраж, арбітражна угода, арбітражне застереження, арбітражний суд, арбітражний трибунал, міжнародний арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж, арбітрабельність, приватизація, державні потреби, державні закупівлі, закупівлі, неплатоспроможність, банкрутство, Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, процесуальна модель направлення до арбітражу, залишення позову без розгляду, припинення провадження у справі, призупинення провадження у справі, проарбітражне тлумачення арбітражної угоди.

**Фролов А. Реформа национального процессуального законодательства: предложения к законопроекту № 6232 в части международного коммерческого арбитража**

**Аннотация.** Статья посвящена доктринальному исследованию проекта закона № 6232 «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и других законодательных актов» в части регулирования международного коммерческого арбитража.

На основании анализа последних достижений юридической науки, автором был предложен целый ряд конкретных изменений в проект Хозяйственного процессуального кодекса Украины в части международного коммерческого арбитража, а также, среди прочего, предлагается исключить из законопроекта № 6232 положения, которыми устанавливается неарбитрабельность определенных субъектом законодательной инициативы категорий споров. Также автором были предложены изменения, имплементация которых позволит обеспечить по-настоящему проарбитражный подход к толкованию арбитражных соглашений.

Более того, в связи с необходимостью достижения эквилибриума между возможностью нарушения права на судебную защиту – в случае выбора процессуальной формы направления в арбитраж в виде прекращения производства по делу – и вероятностью осуществления процессуальных диверсий путем многократной подачи исковых заявлений по делам, предмет которых охватывается объемом арбитражного соглашения – в случае оставления иска без рассмотрения – автор пришел к выводу о целесообразности изменения процессуальной модели направления в арбитраж с оставления иска без рассмотрения на приостановление производства по делу.

**Ключевые слова:** арбитраж, арбитражное соглашение, арбитражная оговорка, арбитражный суд, арбитражный трибунал, международный арбитраж, международный коммерческий арбитраж, арбитрабельность, приватизация, государственные потребности, государственные закупки, публичные закупки, несостоятельность, банкротство, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины, процессуальная модель направления в арбитраж, оставление иска без рассмотрения, прекращение производства по делу, приостановление производства по делу, проарбитражное толкование арбитражного соглашения.

**Frolov O. Reform of the National Procedural Legal System: Offers to the Draft Law № 6232 on Amendment of the International Commercial Court**

**Annotation.** The article is devoted to the doctrinal analysis of the draft Law № 6232 On Amendment of the Commercial Procedure Code of Ukraine, Civil Procedure Code of Ukraine, Code of Administrative Procedure of Ukraine and Other Legislative Acts in part of international commercial arbitration.

The author, basing his conclusions on the analysis of the most recent developments in the foreign legal science, suggests a number of specific changes to the draft Commercial Procedure Code of Ukraine in part of international commercial arbitration and, among others, suggested to expel from the draft Law № 6232 a provision, which establishes a non-arbitrability of categories of disputes outlined by the legislator therein. Also, the author suggested changes, which are, if implemented, will allow to ensure a truly pro-arbitration approach to the interpretation of arbitration agreements.

Moreover, in light of the need to ensure the equilibrium between the possibility of violation of a right for a court – in case the choice of procedural model of referring to arbitration by way of termination of proceedings – and the possibility of procedural sabotage by way of filing multiple claims in matters covered by the scope of an arbitration agreement (when it comes to the leaving the claim without consideration), the author arrived at the opinion on the need for the change in the procedural model of referring the parties to arbitration from the termination of the proceedings without prejudice to the stay of proceedings.

**Key words:** arbitration, arbitration agreement, arbitration clause, arbitration court, arbitration tribunal, international arbitration, international commercial arbitration, arbitrability, privatisation, privatization, state needs, state procurements, procurements, insolvency, bankruptcy, International Commercial Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, procedural model of referral to arbitration, termination of proceedings without prejudice, termination of proceedings, stay of proceedings, pro-arbitration interpretation of arbitration agreement.



**ЮВІЛЕЙ**  
**АКАДЕМІКА НАПрН УКРАЇНИ**  
**ВОЛОДИМИРА ІВАНОВИЧА АНДРЕЙЦЕВА**  
**(до 70-річчя від дня народження)**

**В**олодимир Іванович Андрейцев народився 1 червня 1947 р. у селі Велика Слобідка Кам'янець-Подільського району Хмельницької області. У 1979 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). У 1979–1990 рр. працював на посадах асистента, доцента, старшого наукового співробітника, професора кафедри трудового, колгоспного і земельного права цього вишу (з 1988 р. — на кафедрі господарського і аграрного права). З 1992 р. по 1996 р. — доцент, професор кафедри екологічного права. З 1996 р. — завідувач кафедри трудового, земельного та екологічного права; з 1997 р. по 2007 р. — декан юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка. З 2007 р. по жовтень 2011 рр. — президент «Євразійської Асоціації правничих шкіл та правників». У 2009–2010 рр. — заступник голови Вищої ради юстиції. З жовтня 2011 р. — професор кафедри цивільного, господарського права Національного гірничого університету. З 2014 р. — завідувач кафедри цивільного та господарського права (нині — цивільного, господарського та екологічного права). За його ініціативи відкрито підготовку фахівців за освітньо-

кваліфікаційним рівнем «Магістр» спеціальності «Право», а також на кафедрі цивільного, господарського та екологічного права запроваджено аспірантуру для підготовки докторів філософії зі спеціальності «Право», зокрема, з екологічного права.



У 1984 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Правові питання екологічної експертизи проектів», у 1992 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні проблеми правового забезпечен-

ня ефективності екологічної експертизи». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1992 р. Вчене звання професора присвоєно у 1994 р. Дійсний член Української екологічної академії наук, Української академії наук вищої освіти, Академії проблем безпеки, оборони і правопорядку Російської Федерації. Обраний дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2000 р. Підготував 15 кандидатів та 4 доктори юридичних наук.

Напрями наукової діяльності Володимира Івановича — екологічне право, екологічна експертологія, право екологічної безпеки, екологічні права людини, земельне право, проблеми правни-

чої освіти в Україні, канонічне право, правова система України.

Має суттєвий теоретичний доробок щодо розвитку нових наукових напрямів у формі наукових доктрин і концепцій: концепція правового забезпечення екологічної експертизи та формування правових засад екологічної експертології (1991); доктрина та концепція екологічного права як системи права екологічної безпеки, забезпечення якості довкілля та права ефективного природокористування (1996); концептуальні засади системи екологічних прав громадян і механізму їх реалізації та захисту (1996); доктрина механізму правового забезпечення державної екологічної політики (1996) та її реалізації в сучасних умовах (2011); концепція розвитку та кодифікації земельного законодавства у сфері юрисдикційних правовідносин (1997); доктрина механізму правового забезпечення земельної реформи і приватизації земель в Україні (1998); концепція систематизації земельного законодавства шляхом розробки і прийняття Кодексу України «Про землю» (1999); доктрина науково-освітніх правничих шкіл (1998); концепція Закону України «Про правовий статус вченого та його наукові школи» й концепцію кодифікації законодавства про освітньо-наукові правничі школи в сучасних умовах (2008); доктрина про сучасний правовий статус вченого як основного суб'єкта наукової та науково-технічної діяльності (2009); доктрина реалізації правовими інструментами земельно-територіальних аспектів суверенітету, територіальної цілісності, національної безпеки України (2004); розробка вчення у галузі сучасного земельного права і законодавства суверенної України (2004); доктрина розвитку сучасного гірничого права і законодавства як засобу стимулювання прогресу гірничодобувної галузі (2009); доктрина щодо формування і становлення ландшафтного права у системі екологічного законо-

давства і права України (2009); доктрина програмно-правового забезпечення реалізації державної екологічної політики України в сучасних умовах (2010); наукові засади удосконалення екологічного законодавства в сучасних умовах, трансформації правових форм його систематизації та посилення модернізації в цій галузі (2012).

Опублікував близько 700 наукових праць, серед яких: «Правове забезпечення раціонального природокористування підприємств та об'єднань АПК» (1989); «Правове забезпечення екологічної експертизи проектів» (1990); «Екологічна експертиза: право і практика» (у співавторстві, 1992); «Політика, інновації, приватизація, екологічна безпека, право (проблеми оптимізації та екологізації законодавства України)» (1996); «Екологічне право: Курс лекцій у схемах: Загальна частина» (1996); «Правові засади земельної реформи і приватизації земель в Україні» (1999); «Екологічне право» (у співавторстві, 2001); «Земельне право» (у співавторстві, 2001); «Болонський процес: досягнення та проблеми вищої правничої освіти та науки в Україні» (2006); «Момент істини. Літопис кафедри трудового земельного і екологічного права» (2007); «Земельне право і законодавство суверенної України. Актуальні проблеми практичної теорії» (2005, 2007); «Екологічне законодавство України: у 4 кн.» (2007); «*Law of environmental Safety. Scientific and practical edition. Dn.*» (2009); «Наукові та науково-правничі школи: стан та проблеми правового регулювання» (2009); «Екологічне право і законодавство суверенної України: проблеми реалізації державної екологічної політики» (2011); підготовлено до друку «Екологічне право і законодавство України: проблеми удосконалення в контексті європейської інтеграції (2016) та ін.

Особисто та у складі робочих груп В. І. Андрейцевим підготовлено та

опрацьовано понад 50 законопроектів, більшість із яких стали законами і регулюють відповідні правовідносини (закони України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про екологічну експертизу», «Про відходи», «Про зону надзвичайної екологічної ситуації», «Про рослинний світ», «Про природно-заповідний фонд», проект Закону України «Про екологічну (природно-техногенну) безпеку», Водний, Лісовий, Земельний кодекси тощо).

Є укладачем неофіційних інкорпорованих збірників екологічного законодавства України: «Екологія і закон: екологічне законодавство України: у 2 кн.» (1997. — I кн., 1998 — II кн.); «Екологічне законодавство України: в 4 кн.» (2007). Почесний доктор Хмельницького університету управління і права (2004), Південно-Західного університету (2005, Болгарія), Придністровського державного університету ім. Тараса Шевченка (2006), Університету «Господарська академія» (2007, Сербія), Донецького державного університету інформатики та штучного інтелекту (2009). Державний радник юстиції 3-го класу (2007).

Володимир Іванович — заслужений юрист України (1992). Нагороджений: орденом «За заслуги» III, II ступенів (2002, 2004); орденом Святого рівноапостольного князя Володимира

III–I ступенів; почесними відзнаками Міжнародного фонду юристів України за видатний внесок у зміцнення правової держави (2000, 2005); нагрудним знаком Вищої Ради юстиції «За видатний внесок у розбудову судової влади» (2002); нагрудним знаком «Петро Могила» МОН України (2007); міжнародним «Орденем чести» (*Honoreo Habeo*) Вищої Ради «Ордена чести» (2006); Подякою Генерального прокурора України (2006); Подякою Президента ВГО «Українська асоціація прокурорів» (2007); медаллю «За успіхи в науково-педагогічній діяльності» АН Вищої освіти України (2008); Дипломом лауреата Міжнародного відкритого рейтингу популярності та якості товарів і послуг «Золота фортуна» в номінації «Якість освіти третього тисячоліття» (2001); орденом «Бронзовий козацький хрест» III ступеня ВГО «Українське реєстрове козацтво України» (2007). Кавалер ордена «Святий князь Володимир» IV ступеня; лауреат Премії імені Ярослава Мудрого (1999, 2003, 2009); лауреат Премії імені Святого Володимира (2013, 2014, 2015); присуджено почесне звання Міжнародної громадської організації «Євразійська асоціація правничих шкіл та правників» і Хмельницького університету управління та права «Визначний діяч правничої науки України» (2016).

*Наукова рада і редакційна колегія журналу «Право України» щиро вітають шановного Володимира Івановича Андрейцева з ювілейною датою і бажають доброго здоров'я, благополуччя, творчого натхнення, невичерпної енергії та усіляких життєвих гараздів!*

## ЮВІЛЕЙ ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА НАПРН УКРАЇНИ ГЕННАДІЯ ОЛЕКСАНДРОВИЧА МУРАШИНА (до 85-річчя від дня народження)

Геннадій Олександрович Мурашин народився 29 червня 1932 р. у місті Ленінграді (нині — Санкт-Петербург). У 1955 р. закінчив юридичний факультет Львівського державного університету ім. І. Франка (нині — Львівський національний університет імені Івана Франка). З 1955 р. по 1962 р. працював у партійних органах. З 1962 р. по 1967 р. — прокурор Ленінського району м. Києва й водночас аспірант Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка) на кафедрі теорії держави і права. З 1968 р. працює у Секторі держави і права (нині — Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України) на посадах наукового співробітника, заступника директора з наукової роботи, завідувача відділу конституційного права і місцевого самоврядування, сьогодні — провідний науковий співробітник відділу конституційного права і місцевого самоврядування Інституту.

У 1973 р. захистив кандидатську дисертацію на тему «Органи прокуратури у механізмі Радянської держави». Має вчене звання старшого наукового співробітника. У 1993 р. обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України), у 2006 р. — дійсним членом (академіком) Міжнародної академії інформатизації.

Основні напрями наукової діяльності Геннадія Олександровича — консти-

туційне право, проблеми організації та діяльності правоохоронних органів, суду і прокуратури. Оpubлікував понад 250 праць. Серед них: «Конституційне право України» (у співавторстві, 1999); «Судова влада у конституційному аспекті розподілу влад» (2000);



«Статусу суддів — європейські стандарти» (2000); «Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні» (у співавторстві, 2001); «Органи державної влади в Україні» (у співавторстві, 2002); «Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика» (у співавторстві, 2003); «Конституційно-правові гарантії політичної системи України»

(2005); «Модельна законотворчість та її застосування на пострадянському просторі» (2006); «Конституційне право України: Академічний курс» (у співавторстві, 2007); «Законодавча діяльність в Україні: стан, пріоритети, шляхи вдосконалення» (у співавторстві, 2007); «Конституційно-правовий статус прокуратури України та проблеми його вдосконалення» (2008); «Прокуратура України в системі міжнародного співробітництва» (2009); «Референдумні акти як акти безпосереднього народовладдя» (2010). Оpubлікував багато статей в Українській радянській енциклопедії, у Юридичній енциклопедії, інших енциклопедичних виданнях. Його праці друкувалися у Канаді, Югославії, Чехії, Словаччині, Польщі, Росії, Білорусі, Таджикистані. Багато досліджень провадить разом

з іноземними вченими. Учасник багатьох всесвітніх і міжнародних наукових конгресів, конференцій, симпозіумів, що проводилися у США, Німеччині, Алжирі, Польщі, Чехії, Словаччині, Югославії, Латвії, Росії, Білорусі, Узбекистані, Україні.

Г. О. Мурашин відповідальний редактор низки наукових видань.

Підготував 8 кандидатів юридичних наук.

Геннадій Олександрович брав участь у підготовці Декларації про державний суверенітет України, проектів Конституції України, законів «Про Конституційний Суд України», «Про судустрой», «Про прокуратуру», «Про профспілки», «Про столицю України — місто-герой Київ» та ін. У 1993 р. Верховною Радою України таємним голосуванням був обраний членом Конституційного Суду України, але Суд на той час не було остаточно сформовано. Протягом 1976–2001 рр. — заступник голови Всеукраїнської координаційно-методичної Ради з правової освіти населення, до 2005 р. входив до складу науково-методичної ради при Генеральній прокуратурі України, був членом Республіканської комісії

у справах депортованих народів Криму. Він є незалежним експертом Міжнародної європейської організації з вивчення економічних, політичних та інших питань СНД (INTAS, м. Брюссель, Бельгія). Активно співпрацював зі структурами Міжпарламентської асамблеї СНД, брав участь у засіданнях її комітетів, конференціях, друкувався у періодичних виданнях Асамблеї. Президент Київського товариства дружби з народом Іраку.

Геннадій Олександрович Мурашин — заслужений юрист України (1993), Почесний член Спілки юристів України (1994), відзначений вищою нагородою Спілки «Видатний юрист України» (2007). Нагороджений орденом Богдана Хмельницького III ступеня (2000), 11 медалями, Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (1999), Грамотою та Почесною грамотою Верховної Ради України (2002, 2004), почесний працівник прокуратури України (2002). Має орден «За заслуги» III ступеня (2007) та інші вітчизняні й зарубіжні нагороди та відзнаки. Є почесним доктором Київського університету права Національної академії наук України.

*Наукова рада і редакційна колегія журналу «Право України» щиро вітають шановного Геннадія Олександровича Мурашина з ювілейною датою та бажають міцного здоров'я, радості, благополуччя й усіляких життєвих гараздів на многії літа!*

## ГАЛИНА ХАРИТОНІВНА РЯБОШАПКО: ЖИТТЄВА ШЛЯХЕТНІСТЬ ЛЮДИНИ ТА ВЧЕНОГО

**Н**а 95-му році життя 2 травня 2017 р. відійшла у вічність старійшина львівської юридичної наукової школи, доцент Галина Харитонівна Рябошапка.

Розпочате навчання на юридичному факультеті Львівського державного університету ім. І. Франка (нині — Львівський національний університет імені Івана Франка) 1940 р. незабаром зупинила Друга світова війна, перебування в евакуації. Після повернення до Львова здобула вищу юридичну освіту і певний період працювала адвокатом. Проте загалом її трудова діяльність пов'язана з роботою у Львівському університеті. З 1946 по 1993 роки Галина Харитонівна обіймала посади асистента й доцента кафедр державного права, теорії та історії держави і права юридичного факультету.

Дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «УРСР — суверенна держава» Г. Х. Рябошапка успішно захистила 1967 р. у Харківському юридичному інституті (нині — Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого). Згодом комплексно досліджувала проблематику національно-державного устрою УРСР і СРСР.

Роботу в науково-педагогічній площині Галина Харитонівна активно поєднувала з виконанням численних

доручень адміністрації Львівського університету щодо повоєнного відновлення матеріально-технічної бази вищого навчального закладу та створення його структурних підрозділів, очолювала професійний комітет юридичного факультету. Як вчений секретар була

в епіцентрі наукового життя, ефективно сприяла розвитку цього важливого напрямку діяльності університету.

З 1994 по 2013 роки Г. Х. Рябошапка обіймала посаду доцента кафедри загальної теорії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ МВС України.

Упродовж десятиліть Галина Харитонівна поступово формувалась як фахівець у царині правознавства. Набуті розмаїті теоретичні знання використовувала для ґрунтовної підготовки багатьох поколінь юристів. Її численні учні вдячні Вчителю за змістовні лекції, коректний стиль спілкування педагога зі студентами. Вона завжди прагнула виховувати у студентів не лише повагу до складної правничої професії, яка виконує важливу суспільну місію, а й порядність, людяність, принциповість.

За тривалу та плідну науково-педагогічну працю, участь у Другій світовій війні доцент Г. Х. Рябошапка неодноразово нагороджена багатьма медалями й іншими почесними відзнаками.



*Редакція журналу висловлює щире співчуття родині Галини Харитонівни. Світла їй пам'ять!*

## ДО УВАГИ АВТОРІВ!

1. Статті, що надсилаються до редакції журналу «Право України», відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 7–05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», повинні містити такі елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

2. Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотація, ключові слова) не повинен перевищувати 10–12 сторінок (*Times New Roman*; кегль 14; інтервал 1,5).

Після використаних матеріалів подаються розширені анотації (6–8 речень) та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотації мають містити, зокрема: прізвище та ім'я автора, назву статті.

3. До статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня мають додаватися витяг з протоколу засідання кафедри про рекомендацію статті до друку та рецензія доктора (кандидата) наук із відповідної спеціальності, засвідчені належним чином.

До статей авторів, які мають науковий ступінь кандидата, має додаватися рецензія доктора наук із відповідної спеціальності.

4. Список використаних матеріалів формується у тій послідовності, в якій подаються посилання по тексту статті. Під одним порядковим номером у використаних матеріалах зазначається лише одне джерело. Не допускається повтор одних і тих самих джерел під різними порядковими номерами, а також оформлення використаних матеріалів у формі посторінкових чи кінцевих виносок. Цифрові посилання у статті [у квадратних дужках] обов'язково повинні збігатися з відповідними порядковими номерами у використаних матеріалах. Кількість джерел у використаних матеріалах не повинна перевищувати 15.

5. У списку використаних матеріалів слід вказати:

- для періодичних видань — прізвище та ініціали автора статті, її назву, найменування та рік видання, номер, сторінку;
- для книг — прізвище та ініціали автора, назву книги, місто та рік її видання, сторінку.

6. До матеріалів необхідно додавати:

- електронний варіант статті у форматі *Word*;
- інформаційну довідку про автора: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон;
- фото автора у форматі *Jpg*;
- копію квитанції про річну передплату на журнал.

Стаття, подана до редакції без дотримання вимог, наведених у пунктах 1–6, опублікуванню не підлягає.

Гонорар за публікацію не сплачується.

*Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.*

*За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.*

*Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.*

Юридичний журнал  
«ПРАВО УКРАЇНИ»  
6/2017

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
Серія КВ № 17414–6184ПР від 08.02.2011 р.

*Журнал рекомендовано до друку  
Вченою радою Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 14 від 27 червня 2017 р.).*

Редагування *О. Красенко*  
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*  
Художнє оформлення *С. Харука, О. Бойко*

Підп. до друку 04.07.2017. Формат 70x108/16.  
Папір офсетний. Офсетний друк.  
Ум. друк. арк. **17,5**. Обл.-вид. арк. **14,67**.  
Зам. 17-428. Ціна договірна.

**Адреса редакції:**

Україна, 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21  
Телефони: +380(44) 537–51–00 (головний редактор),  
+380(44) 537–51–10 (редакція)

**[www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)**

*Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,  
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

Віддруковано у ПАТ «ВІПОЛ»  
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.  
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції  
Серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.