

Науково-
практичний
журнал

СУДОВА АПЕЛІАЦІЯ

Журнал виходить 1 раз на квартал

№ 4 (53), 2018

Засновники:

Апеляційний суд м. Києва

03680, м. Київ,
вул. Солом'янська, 2а,
тел. 038-044-284-15-61

Інститут держави і права

ім. В. М. Корецького

НАН України

01601, м. Київ,
вул. Трьохсвятительська, 4,
тел. 038-044-278-51-55

Свідectво про державну
реєстрацію друкованого засобу
масової інформації
Серія КВ № 9693
від 23 березня 2005 року

Видавець:

*ТОВ «Видавництво
“Юридична думка”»*

01103, м. Київ,
вул. Кіквідзе, 18-а,
тел. 038-044-278-75-33

ISSN 2413-1342

**Передплатний індекс
91888**

Теорія та історія
апеляційного судочинства

Судова система в Україні

Адміністративна юстиція
в Україні

Проблеми розвитку
кримінального права
і процесу

Цивільне судочинство

Господарське право
та процес

Порівняльне правознавство

Практика міжнародних
судів і трибуналів

Судова практика

Наукова хроніка

Наукова рада журналу

- ШЕМШУЧЕНКО Ю. С.** — директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України
(голова наукової ради)
- КРОТЮК В. Л.** — заступник Голови Національного банку України, кандидат юридичних наук
- КУЛИНИЧ П. Ф.** — доктор юридичних наук, професор
- ОНІЩУК М. В.** — ректор Національної школи суддів України, доктор юридичних наук
- ПАРХОМЕНКО Н. М.** — вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор
- ПРИТИКА Д. М.** — доктор юридичних наук, академік НАПрН України
- СЕЛІВАНОВ А. О.** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- СІРЕНКО В. Ф.** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України
- ТИХИЙ В. П.** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- ФУРСА С. Я.** — доктор юридичних наук, професор
- ШЕВЧУК С. В.** — Голова Конституційного Суду України, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

*Рекомендовано до друку
вченою радою Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України
(протокол № 11 від 18 грудня 2018 р.)*

*Журнал «Судова апеляція»
включено до Переліку фахових видань
у галузі юридичних наук, в яких можуть публікуватися результати
дисертаційних досліджень
(постанова Президії ВАК України № 2-05/7 від 04.07.2006 р. //
Бюлетень ВАК України. 2006. № 8)*

Редакційна колегія

ГОЛОВАЧОВ Я. В.	— Голова Апеляційного суду м. Києва (головний редактор)
КРЕСІНА І. О.	— доктор політичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (заступник головного редактора)
ТИМЧЕНКО Г. П.	— доктор юридичних наук (відповідальний секретар)
АБУШЕНКО Д. Б.	— доктор юридичних наук (Уральський державний юридичний університет)
АЛЕНІН Ю. П.	— доктор юридичних наук, професор
ВЛАСОВ Ю. Л.	— суддя Господарського суду м. Києва, кандидат юридичних наук
КОРОЛЕНКО М. П.	— кандидат юридичних наук
КОСТЕНКО О. М.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
КРИЖАНІВСЬКА Г. В.	— заступник Голови Апеляційного суду м. Києва, кандидат юридичних наук
КУЗНЕЦОВА Н. С.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
ЛАПЧЕВСЬКА О. Ф.	— суддя Апеляційного суду м. Києва, кандидат юридичних наук
ЛЕВЕНЕЦЬ Б. Б.	— суддя Апеляційного суду м. Києва
ЛУЦЬ В. В.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
МАЛИШЕВА Н. Р.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
НАГРЕБЕЛЬНИЙ В. П.	— заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України
ПРИЛУЦЬКИЙ С. В.	— доктор юридичних наук
СІРИЙ М. І.	— кандидат юридичних наук
УСЕНКО І. Б.	— кандидат юридичних наук, професор
ХУТОРЯН Н. М.	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
ШУМИЛО М. М.	— доктор юридичних наук

Зміст

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА

Свириденко Г. В.

Правомірна поведінка: питання сприйняття
та реалізації 6

Назарова І. В.

Становлення і розвиток сучасних концепцій реалізації
принципу добросовісності в праві 17

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО ТА АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС

Белкін Л. М., Белкін М. Л., Юринець Ю. Л.

Встановлення податкової відповідальності
в адміністративному судочинстві:
роль вироків за угодами про визнання винуватості. 26

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Лихова С. Я., Цезар А. Р.

Особливості системи військових злочинів
за кримінальним законом України 39

Горбань Н. С.

Заборона втручання в правову позицію адвоката
як гарантія адвокатської діяльності 50

Кубальський В. Н., Момотюк В. О.

Жіноча злочинність: особливості та тенденції
розвитку в Україні 60

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Корсєд С. О.

Інститут залишення заяви без розгляду за новим
Цивільним процесуальним кодексом України:
форми реалізації та підстави застосування
залежно від виду заяви 69

Гулик А. Г.

Методологічні засади дослідження проблем оптимізації
цивільного судочинства 80

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Головкін О. В., Стадник В. П., Чубко Т. П.

Стамбульська конвенція: ризики для суспільства і сім'ї 90

Кортюкова Т. О.

Вплив практики Суду ЄС на формування
спільної імміграційної політики 100

Кресін О. В.

Загальні засади проведення
миротворчих операцій ООН 111

Стойко О. М.

Кіпрський та хорватський досвід миротворчих операцій
як ймовірні сценарії для України 125

Савчук К. О.

Міжнародно-правова кваліфікація агресії Російської Федерації
в Криму та на сході України 134

До уваги авторів 149

УДК 340.1

Правомірна поведінка: питання сприйняття та реалізації

Г. В. Свириденко,
кандидат юридичних наук

Досліджуються питання суб'єктивного сприйняття й реалізації правомірної поведінки та чинників, які впливають на ці процеси. Показано, що правомірна поведінка відіграє надзвичайно важливу роль у формуванні відповідної ідеологічної платформи держави з метою виховання ініціативної законслухняної особистості – представника зрілого громадянського суспільства.

Ключові слова: правомірна поведінка, право, правове регулювання, мотивація правомірної поведінки, суб'єкт права.

Свириденко А. В. Правомерное поведение: вопросы восприятия и реализации

Исследуются вопросы субъективного восприятия и реализации правомерного поведения, факторов, которые влияют на эти процессы. Показано, что правомерное поведение играет чрезвычайно важную роль в формировании соответственной идеологической платформы государства с целью воспитания законопослушной личности – представителя зрелого гражданского общества.

Ключевые слова: правомерное поведение, право, правовое регулирование, мотивация правомерного поведения, субъект права.

Svyrydenko Hanna. Lawful behavior: issues of perception and implementation

The article at the general theoretical level examines the issues of subjective perception and realization of lawful behavior and the factors that influence these processes. The study concludes that lawful behavior plays an extremely important role

© Свириденко Ганна Вікторівна – кандидат юридичних наук

in shaping the corresponding ideological platform of the state in order to educate a law-abiding person – a representative of a developed, mature civil society.

Keywords: *lawful behavior, law, legal regulation, motivation for lawful behavior, subject of law.*

Актуальність дослідження різноманітних аспектів правомірної поведінки, особливо на загальнотеоретичному рівні, обумовлюється багатьма чинниками, зокрема тим, що право, як і суспільство, перебуває у постійному розвитку, змінює свої змістовні особливості. Крім цього, важливою обставиною, яка обумовлює необхідність дослідження феномена правомірної поведінки, є те, що з поступовим розвитком суспільства та науки з'являються нові можливості осмислення та пізнання цього явища, які закладені насамперед у методології пізнання правової дійсності. Адже, з одного боку, у сучасних демократичних умовах з'явилася можливість звертатися до методів та підходів, які раніше вважалися неприйнятними для дослідження правових явищ внаслідок, наприклад, ідеологічних причин, а з іншого – відкриваються нові прийоми та способи вивчення правових явищ, зумовлені, зокрема, науково-технічним прогресом.

Правомірна поведінка особи є закономірним та логічно обумовленим процесом, в якому під впливом зовнішнього середовища, індивідуального сприйняття правових настанов, певного світогляду, рівня правової культури, правової свідомості формується модель належної (правомірної) поведінки, що реалізується як правова активність особи.

Одним із найважливіших завдань виховання сучасної особистості є підготовка її до правомірної поведінки в різноманітних сферах життєдіяльності при вирішенні життєвих завдань у різних умовах та ситуаціях. Виховання, спрямоване на досягнення вказаного результату, є не лише важливою складовою процесу формування всебічно розвиненої особистості, а й основним засобом позитивних змін особи, з тих чи інших причин схильної до протиправної поведінки.

Вивчення різноманітних аспектів правомірної поведінки вже було предметом дослідження багатьох вітчизняних та зарубіжних учених, зокрема С. Алексеева, С. Бобровник, О. Богінча, О. Варич, О. Копиленка, О. Костенка, В. Кудрявцева, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, О. Петришина, А. Піголкіна, П. Рабіновича, Т. Тарахонич, В. Сіренка, О. Ющика, Ю. Шемшученка тощо. Водночас, незважаючи на певну увагу науковців до феномена правомірної поведінки, слід визнати, що чимало аспектів даного явища ще не знайшли належного доктринального осмислення.

Насамперед зазначимо, що право – це не єдиний, але один з найважливіших інструментів управління поведінкою людей у суспільстві, хоча

поведінка людини в цілому – явище дуже складне і багатоманітне. Зовнішньо людська поведінка виражається в практичних (фізичних) діях або бездіяльності людей, а також може бути вербальною (словесною). Якщо, наприклад, вести мову про бездіяльність у правовому (юридичному) значенні, то у загальному розумінні вона означає відсутність поведінки, передбаченої законом. При цьому може йтися, зокрема, про злочинну бездіяльність, суть якої полягає в тому, що особа не дотримується суспільно необхідної поведінки, передбаченої нормами права.

Право регулює не будь-яку поведінку людини, а тільки суспільно значущу, що, як така, що закріплена в праві, стає юридично значущою, викликає ті чи інші правові наслідки і тому охороняється та забезпечується системою правових гарантій. Відповідно до загальноприйнятого підходу правомірна і протиправна поведінка є двома формами правової поведінки. Правова поведінка в цілому визначається як соціально значуща і підконтрольна свідомості та волі поведінка індивідуальних і колективних суб'єктів, передбачена правом, а отже, яка тягне за собою правові наслідки.

Відомо, що суспільно необхідна, корисна для суспільства поведінка закріплюється в нормах права (законах та інших нормативно-правових актах) у вигляді прав і юридичних обов'язків суб'єктів права, тобто громадян, їх об'єднань, державних органів і посадових осіб. Саме правомірна поведінка відображає суспільні потреби, відповідає необхідності розширення рамок свободи поведінки у демократичному суспільстві.

У зв'язку зі зростанням ролі правового регулювання у розбудові громадянського суспільства і правової держави, а також розширенням можливостей права завдяки новому праворозумінню, правомірна поведінка і, як наслідок, правозаконність і правовий порядок стають нагальною потребою всього суспільства. Як впливає з властивостей і методів правового регулювання, право – специфічний нормативний регулятор саме внаслідок своїх можливостей і форм впливу на свідомість і поведінку учасників суспільних відносин.

Кінцевою метою створення правової системи кожної держави, спеціального механізму правового регулювання є створення таких правил поведінки в сферах, які регулюються правом, які б сприяли повною мірою реалізації прав, свобод і законних інтересів кожної людини, не порушуючи прав і свобод інших людей, а також інтересів громадянського суспільства і держави в цілому.

Таким чином, правове регулювання виступає як частина системи соціального регулювання суспільних відносин, але йому належить осо-

бливе місце. Саме тому під правовим регулюванням розуміють сукупність різних способів і методів впливу права на поведінку і свідомість людей з метою забезпечення правомірної поведінки. У всіх випадках впливу права на поведінку суб'єктів правових відносин можна говорити про вплив на свідомість і волю людей, оскільки дії, що не піддаються свідомому вольовому контролю, хоча і підпадають під визначення правопорушення, проте не регулюються правом. Це дії дітей, підлітків, що не досягли певного віку, неосудних тощо. Свідомість і поведінка людей є особливими об'єктами правового впливу, яким людина піддається в тій чи іншій формі протягом усього свідомого життя, що дозволяє стверджувати, що в структурі свідомості людини формується правова свідомість, з урахуванням якої суб'єкт або дотримується норм права, або порушує їх. При цьому людина відчуває як регулятивний, так і ідеологічний, виховний вплив права¹.

Без попереднього усвідомлення людиною правових приписів, їх оцінки з точки зору корисності важко дотримуватися приписів правових норм. Процес усвідомлення варіантів поведінки може бути як значним, так і мінімальним, що дає можливість класифікувати правомірну поведінку залежно від її характеру і мотиву. Регулятивні можливості впливу права на поведінку особистості можна вивчати, співвідносячи, з одного боку, з внутрішньою будовою норми права, а з іншого – з людською поведінкою.

Значну роль при мотивації правомірної поведінки відіграє гіпотеза правової норми, оскільки вона містить вказівку на умови, за яких поведінка, передбачена в диспозиції норми, може бути вчинена. Гіпотеза орієнтує людину на втілення тієї моделі поведінки, яка міститься в диспозиції. Таким чином, гіпотеза і диспозиція справляють первинний регулятивний вплив на свідомість, а потім і на поведінку людини, пропонують їй зробити вибір на користь правомірної поведінки. Санкція, як структурний елемент правової норми, не тільки вказує на заходи державного примусу на випадок порушення вимог правової норми, а й є серйозним фактором, що стримує людей від правопорушень. Таким чином, регулятивний вплив норми права вже запрограмовано в її змісті та у внутрішній структурі.

Стосовно правомірності або протиправності поведінки особа може розмірковувати, порівнюючи її з моделлю поведінки, закладеною в нормах права. При цьому, як відомо, в правових нормах містяться варіанти як

¹ *Онисьченко Н.М.* Ініціатива в праві: підходи до вивчення та розгляду // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2018. № 1. С. 36-40.

правомірної, так і види забороненої поведінки, тобто протиправної поведінки.

Якщо звернутися до психологічного механізму (мотивації) індивідуальної поведінки в сфері права, то вона складається із трьох основних етапів, які відповідають трьом елементам норми права:

- мотивація – планування поведінки,
- прийняття рішення;
- виконання рішення.

У процесі мотивації людина вивчає шляхи і засоби задоволення своїх нагальних потреб та інтересів, у тому числі правові способи та засоби. Вибір правових засобів одразу переводить її поведінку в сферу права. Отже, вивчаються вже тільки дозволені способи задоволення своїх інтересів, тобто варіанти, що містяться в тих чи інших нормах права, а також умови, за яких можна здійснити ту чи іншу правову поведінку. В процесі мотивації людина може дійти різних висновків, зокрема про перевагу правового способу поведінки серед всіх інших; про те, що єдиний спосіб, який відповідає її інтересам, тільки правовий, а іноді й висновку про те, що можна проігнорувати правові способи, оскільки міри покарання незрівнянні з вигодою від використання інших незаконних способів (особливо в сфері корупційних дій та проявів).

При цьому чим вищий рівень світогляду, правової і моральної свідомості особи, чим позитивнішим є ставлення до права, тим швидше і частіше вона доходить висновку про перевагу правового способу задоволення своїх потреб і інтересів, а також про необхідність дотримання законів та інших нормативно-правових актів.

Таким чином, мотивація – це психологічний процес усвідомлення значущості, корисності права, а мотив є спонуканням до правомірної або протиправної поведінки в сфері права.

Аналізуючи свою поведінку, ми завжди можемо згадати, що стало мотивом прийняття того чи іншого рішення. Отже, перша стадія мотивації – планування поведінки. Саме тут вже починається аналіз умов дії правових норм (зміст гіпотези) і своїх правових можливостей (суб'єктивних прав і юридичних обов'язків), закладених у диспозиції норми права.

Ухвалення рішення діяти у правовий спосіб, тобто на підставі норм права, означає, що людина перетворюється на суб'єкта права, і його поведінка повинна відповідати дозволеним зразкам. Суб'єкт права при цьому використовує різні дозволені правові способи задоволення своїх потреб та інтересів залежно від того, яка модель поведінки, закладена в тій чи іншій

правовій нормі, відповідає її інтересам. Більшість, як правило, використовують у своїй поведінці лише дозволені й можливі варіанти поведінки та утримуються від заборон, керуючись мотивом необхідності дотримання закону, а інші – мотивом небажання настання юридичної відповідальності за їх порушення. Таким чином, вибір варіанту поведінки з усіх можливих і дозволених є етапом прийняття остаточного рішення, за яким настає його виконання.

З позиції психології, людина здійснює вольові дії (акти) і неусвідомлені, рефлексорні рухи та імпульсивні дії. Поведінка складається з низки вчинків, що знаходяться під контролем свідомості, а діяльність – сукупність послідовно здійснюваних поведінкових актів, які спричиняють зміни в оточуючому середовищі та в самій собі. Діяльність також можна розглядати дещо інакше – не як сукупність поведінкових актів, а з позиції їх значущості для людини, оточуючих, суспільства в цілому, їх соціальної цінності (правової, політичної, моральної, релігійної тощо). Саме при такому підході використовується термін «поведінка», тобто зовнішньо виражена форма діяльності, яка підлягає оцінці. Поведінка завжди пов'язана із системою тих соціальних зв'язків і відносин з іншими людьми, суспільством, державою в цілому, в яких індивід проявляє себе як особистість. Саме тому вони є суб'єктом правової і моральної оцінки та регуляції поведінки. Поведінка – ланка, що опосередковує взаємовідносини між свідомістю людини і зовнішнім світом. Питання про правові якості людини звичайно концентрується на співвіднесенні поведінки і правової свідомості індивіда, але при цьому слід пам'ятати, що: 1) незнання закону не звільняє від відповідальності, а його знання часто не є перепорою для правопорушення; 2) законослухняна поведінка забезпечується передусім моральними нормами особистості та її найближчого середовища, соціоконтроль якого особа сприймає як стримуюче начало, а норми – як свої особисті правила.

Так, відомо, що до предмета кримінології, окрім самого вивчення злочину, включається також дослідження його джерел або детермінантів, у тому числі психологічних. Злочинна поведінка є процесом, що розгортається у просторі й часі та включає не лише самі дії, але й попередній вплив на особистість, психологічні явища та процеси, які визначають генезис протиправного вчинку.

Психологічна структура злочинної поведінки має такі ж компоненти, як законослухняна, але зміст їх інший. У цілому вона характеризується як антисуспільна, тобто заборонена законом через підвищену суспільну небезпеку. Можна виділити три основних етапи механізму злочинної

поведінки: 1) мотиваційний, 2) цілепокладаючий, 3) операціональний (виконавчий), кожен із яких виконує свої функції у взаємозв'язку з іншими. Власне, поведінкою є лише заключний етап, коли злочин реалізується зовні і набуває юридичної значущості².

Як бачимо, зміст правової норми в багатьох випадках здатний безпосередньо впливати на вибір правомірних способів поведінки. Норма права, як уже зазначалося, вказує найбільш схвалюваний державою правомірний варіант поведінки, яка не тільки захищає особу від несприятливих наслідків порушень закону, а й несе переваги для неї, оскільки вона, тобто суб'єкт права завжди може захистити свої порушені права й інтереси в суді або в інший спосіб. Дозволений спосіб поведінки гарантує правовий захист держави, і це, як відомо, одна з правомочностей носіїв суб'єктивного права.

Таким чином, якщо особа знає і передбачає сприятливі наслідки своїх правомірних дій, знає позицію закону відносно того або іншого способу задоволення потреб і інтересів, то вона обов'язково скористається існуючою нормою права і її поведінка буде не просто правомірною, але і захищатиметься державою.

Розглянемо, яким чином різні види правових норм впливають на мотивацію правомірної поведінки, і спробуємо зрозуміти, якими мотивами керуються суб'єкти права при реалізації в своїй поведінці тих чи інших норм права.

Так, уповноважуючі норми містять не тільки суб'єктивні права, але і варіанти дозволеної поведінки. У зв'язку з цим мотивом їх використання є їх схвалення державою. Такі норми не зобов'язують і не забороняють, але створюють стимули для даної поведінки.

Зобов'язуючі норми поведінки відображають державні потреби в здійсненні певних дій. Замислимося над питанням: що мотивує людей до їх дотримання? Очевидно, що це може бути усвідомлення необхідності виконати владне розпорядження держави, зазначене в нормі права, а також почуття обов'язку і небажання відчувати несприятливі наслідки у вигляді юридичної відповідальності.

Забороняючі норми (наприклад, кримінального, адміністративного, фінансового та податкового законодавства) містять опис протиправної поведінки, яка негативно оцінюється і засуджується державою і суспільством. Мотивом тут можуть бути як небажання відчувати негативні

² *Юридична психологія: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. і фак.; за заг. ред. Я.Ю. Кондратьєва. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 1999. С. 204-205.*

наслідки порушення заборон, так і усвідомлене розуміння їх шкідливості для громадського порядку та прав інших учасників правових відносин.

У разі використання особою всіх правових можливостей, що надаються законом і державою, ми можемо говорити про активну правомірну поведінку. Можливість задовольнити свої потреби й інтереси дозволеними способами, забезпеченими гарантіями держави, стимулює правову активність, тобто більш широке використання норм права в своїй поведінці. У свою чергу, правові гарантії захисту суб'єктивних прав стимулюють їх активне використання.

Таким чином, суб'єкт права використовує правомірні моделі поведінки, закладені в нормі права, якщо насамперед створюються умови, зазначені в гіпотезі норми права. Іншими словами, структурна будова норми права точно відповідає генезису, тобто походженню, формуванню і розвитку правомірної поведінки, а також формує мотиви поведінки.

Звичайно, ми повинні пам'ятати про те, що правомірна поведінка не є самоціллю, і особа використовує право тільки як один з найбільш ефективних способів здійснення своїх дій у різних сферах життя (насамперед економічній, політичній тощо). Якщо вона при виборі способів своєї поведінки обирає правові шляхи, то узагальнено можна говорити про формування правових мотивів правомірної поведінки, що означає, що у неї (особи) виникло усвідомлене рішення дотримуватися моделі поведінки, закладеної в нормі права³. У разі негативного ставлення до права в цілому або несхвалення запропонованих варіантів особа або порушує норму права, або ігнорує її, що є, по суті, тим самим.

У літературі правовий мотив дотримання заборон і використання дозволених варіантів поведінки ще називають правовою установкою – компонентом зрілої правової свідомості особи, яка актуалізується щоразу, коли людина стоїть перед вибором: обрати правові засоби або проігнорувати заборони. В процесі неодноразового використання правова установка з урахуванням колишніх помилок коригується, набирає стійкості, фіксується в свідомості і немовби демонструє стан готовності слідувати нормам права при настанні правової ситуації. Людина, не замислюючись, тобто не осмислюючи знов і знов всі переваги дотримання права, обирає модель поведінки, встановлену в нормі права, яка відповідає тій чи іншій ситуації. Коли одна і та ж потреба задовольняється в одних і тих

³ Олейников С. М. Правомірна поведінка // Велика українська юридична енциклопедія. У 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 3: Загальна теорія права / ред. кол.: О.В. Петришин, (голова) та ін.; Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. 2017. С. 568-574.

самих умовах, то спонукання людини зробити ту чи іншу дію актуалізує установку на правомірну поведінку і, внаслідок цих обставин, правомір-на поведінка для багатьох стає звичною. Наприклад, людина, неодноразо-во роблячи покупки в магазині або користуючись послугами громадсько-го транспорту, не замислюючись, оплачує товар або послугу (це є прикладом звичної правомірної, законослухняної поведінки, заснованої на знанні закону і правовій установці).

Таким чином, правова установка наче знімає процес мотивації (наві-що, чому, вигідно або невигідно, які наслідки тощо). Іншими словами, при сформованому позитивному ставленні до права, наявності певного позитивного досвіду використання правових засобів, відповідний суб'єкт (особа), керуючись установкою на дотримання права, обирає правомірні способи поведінки. У разі ж негативного ставлення до права, його сприй-няття виключно як знаряддя державного примусу й інструмента заборони та обмеження свободи поведінки, в свідомості людини може сформу-ватися антисуспільна установка, що часто веде до протиправної поведінки і його найбільш небезпечної форми – злочину.

Відповідно для того, щоб поведінка всіх потенційних суб'єктів права була правомірною, а це важливо для дотримання інтересів усіх інших учасників правових відносин, важливо сформувати в свідомості людей позитивний образ права, демонструвати його регулятивні можливості, постійно розширювати суб'єктивні права і свободи. Треба відзначити, що така тенденція властива праву в демократичній державі.

Отже, юридично значуща і насамперед правомірна поведінка стала сти-мулюватися самою державою, заохочуватися в різних нормах права. Стимули і пільги, що містяться в них, є істотним чинником формування правового мотиву дотримання і виконання законів. Що стосується суб'єктів права, насамперед громадян, то вони, завдяки розвитку і вдосконаленню законодавства, наділяються ще більшими правами, що знаходить відобра-ження у змісті правових норм, скасуванні зайвих заборон тощо.

Користь і вигода від правомірної поведінки, від відповідності поведін-ки суб'єктів права зразкам, закріпленим у правових нормах, дозволяє громадянам стати повноправними учасниками різноманітних відносин, при цьому вони впевнені, що в разі порушення їх прав держава їх захис-тить, оскільки їх поведінка відповідає закону і заохочується.

Отже правомірна поведінка є різновидом соціальної поведінки люди-ни у правовій сфері та розглядається в якості кінцевого результату здій-сненого права. Більшість діянь в правовій сфері становлять правомірні вчинки. Саме вони визначають основу нормального функціонування

суспільства і співпадають з моделлю, зафіксованою в правових нормах, які, у свою чергу, є критерієм правомірності поведінки. Іншими словами, зіставляючи свої дії з нормативними приписами про належне, що зафіксовані в правових нормах, особа керується ними у своїй поведінці.

В юридичній літературі правомірна поведінка визначається як обумовлена культурно-моральними поглядами і життєвим досвідом людини діяльність у сфері права, заснована на свідомому виконанні його (права) вимог. Існує й інше визначення правомірної поведінки – така, що відповідає вимогам норм права. Правомірна поведінка також проявляється в утриманні від забороненої поведінки, тобто у вигляді дозволеної законом бездіяльності.

Важливою властивістю права є те, що в нормах права поряд з моделлю правомірної поведінки закріплюється право на свободу вибору, тому правомірна поведінка – це ще і «вільна» поведінка. Суб'єкт права «вільний» обирати варіант з усіх можливих і дозволених. Тут вступають в силу внутрішні регулятори поведінки, пов'язані не тільки з усвідомленням можливого примусу з боку держави, морально-етичної системи, правової свідомості і правової установки особи на дотримання права, а й знання самого права. Таким чином, правомірна поведінка в сфері права – це насамперед діяння, продиктовані людині її волею і свідомістю.

Особлива значущість і цінність правомірності людських дій набуває у часи соціальних змін. Складні процеси становлення нових соціальних відносин, які законодавчо ще не оформлені й тому знаходяться в умовах правового вакууму, створюють всі умови для того, щоб протиправність набула широкого характеру. Масовість цілком усвідомленої неправомірної поведінки може мати місце в умовах особливого морально-психологічного стану індивідуальної та суспільної свідомості, яка обумовлена кризою суспільства, характеризується розкладом системи цінностей, суперечностями між оголошеними цілями та неможливістю їх реалізації і виражається у відчуженні людини від суспільства, апатії, загальному розчаруванні, у масовому розповсюдженні негативної девіантності. До цього слід додати неминучу маргіналізацію населення. Все це створює ідеальні умови для швидкого розширення сфери делінквентної (кримінальної) субкультури.

Слід окремо зазначити, що вкрай мало уваги позитивним проявам правової поведінки приділяється сьогодні в юридичній літературі. Тут основні пріоритети належать вивченню юридичної практики, пов'язаної виключно з правопорушеннями. Найбільше ця особливість помітна в навчальній літературі, де у виданнях з теорії держави і права правомірній поведінці присвячується в кращому випадку дві-три сторінки загальних

положень, а спеціально-галузеві навчальні посібники (навіть у відповідних розділах) про неї взагалі не згадують. Проте слід відзначити, що певна увага надана вивченню правомірної поведінки в рамках дослідницьких проектів з юридичної психології. Однак у переважній кількості випадків подібні дослідження за будь-яких причин слабо інтегруються у, власне, правове поле, у загальнотеоретичні дослідження, і залишаються лише в рамках психології. Між тим актуальність комплексних психолого-правових досліджень даної сфери та негайне втілення їх у рамках державних програм правового просвітництва та виховання підтверджуються реаліями сучасного розвитку нашого суспільства.

Отже, завдання сучасної юридичної науки – це насамперед дати теоретичне обґрунтування ролі та значущості правомірної поведінки для формування відповідної ідеологічної платформи держави з метою виховання ініціативної законслухняної особистості – активного представника зрілого громадянського суспільства.

Svyrydenko Hanna. Lawful behavior: issues of perception and implementation

The article at the general theoretical level examines the issues of subjective perception and realization of lawful behavior and the factors that influence these processes. Legal regulation acts as part of the system of social regulation of social relations, but it belongs to a special place. That is why under the legal regulation it is understood the set of different methods of influencing the right to behavior and consciousness of people in order to ensure lawful conduct. In all cases, the influence of the law to the behavior of subjects of legal relations it can be said about the impact on the consciousness and will of people, because actions that are not subject to conscious volitional control, although they fall under the definition of the offense, but not regulated by law. Consciousness and behavior of people are special objects of legal influence, which a person submits in one form or another throughout the conscious life, which allows to assert that in the structure of the human consciousness formed a legal consciousness, according to which the subject or observes the rules of law, or violates them.

Significant role in the motivation of lawful behavior is played by the hypothesis of the legal norm, because it contains an indication of the conditions under which the behavior prescribed in the disposition of the norm can be committed. The hypothesis guides the person to the embodiment of the model of behavior that is contained in the disposition. Thus, the hypothesis and disposition give the primary regulatory influence on consciousness, and then on human behavior, suggest him to make a choice in favor of lawful behavior. A sanction, as a structural element of the legal norm, not only point to measures of state coercion in the event of violations of legal requirements, but also serves as a serious deterrent to people from offenses. Thus, the regulatory influence of the law is already programmed in its content and in the internal structure.

If we turn to the psychological mechanism (motivation) of individual behavior in the field of law, it consists of three main stages that correspond to the three elements

of law norm: motivation – behavior planning; making a decision; execution of the decision. Motivation is a psychological process of awareness of the significance, usefulness of law, and the motive is an incentive to lawful or unlawful conduct in the field of law. The decision to act in a legal way, that is, on the basis of law, means that a person becomes a subject of law and his behavior must conform to authorized models. The subject of law thus uses different legal ways to meet their needs and interests, depending on which model of behavior laid down in one or another legal norm is in line with its interests. Behavior consists of a number of actions that are under the control of consciousness, and activity is a set of consistently carried out behavioral acts that cause changes in the environment and in itself.

We must remember that lawful behavior is not an end in itself, and the person uses the law only as one of the most effective ways of carrying out his actions in various spheres of life. If a person chooses the legal paths in choosing her own methods of behavior, then it is generally possible to speak about the formation of legal motives of lawful conduct, which means that an individual has a conscious decision to follow the pattern of behavior inherent in the law norm.

The study concludes that lawful behavior plays an extremely important role in shaping the corresponding ideological platform of the state in order to educate a law-abiding person – a representative of a developed, mature civil society.

Keywords: lawful behavior, law, legal regulation, motivation for lawful behavior, subject of law.

УДК 347.1

Становлення і розвиток сучасних концепцій реалізації принципу добросовісності в праві

І. В. Назарова,

аспірантка відділу теорії держави і права

Інституту держави і права ім. В. М. Корецького

НАН України

Стаття присвячена періодизації становлення і розвитку сучасних концепцій застосування принципу добросовісності в основних правових сім'ях світу. Значну увагу приділено тенденціям і закономірностям новелізації концептуальних підходів до реалізації вказаного принципу в умовах глобалізаційних правових процесів.

Ключові слова: *принцип добросовісності, юридичний концепт, римське право, Кодекс Наполеона, приватне право.*

© Назарова Ірина Володимирівна – аспірантка відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Назарова И. В. Становление и развитие современных концепций реализации принципа добросовестности в праве

Статья посвящена периодизации становления и развития современных концепций применения принципа добросовестности в основных правовых семьях мира. Значительное внимание уделено тенденциям и закономерностям новеллизации концептуальных подходов к реализации указанного принципа в условиях глобализационных правовых процессов.

Ключевые слова: принцип добросовестности, юридический концепт, римское право, Кодекс Наполеона, частное право.

Nazarova Iryna. Formation and development of contemporary concepts of application of good faith principle in law

The author examines main aspects of contemporary concepts, related to the good faith principle in law. The sources of these legal concepts have been considered, studies by the scholars have been analyzed, achievements in law-making process and law-enforcement field in the states of the main legal systems have been outlined, changes of approaches during different periods have been identified. The emphasis has been made on the period of New Age (XVIIth century – first half of XXth century) and the period of modern systems of legal regulation of the good faith principle's application (since the second half of the XXth century). Inherent features, tendencies and patterns of these periods have been outlined.

Keywords: good faith principle, legal concept, Roman law, bona fides, Code of Napoleon, private law.

Принцип добросовісності, як відомо, є однією із загально визнаних керівних ідей права. Водночас він відіграє ключову роль у правовому регулюванні суспільних відносин у багатьох сферах життєдіяльності. Окремі аспекти застосування принципу добросовісності досліджували Е.Ю. Анциферова, С.Дж. Бартон, Дж. Гордлі, А.М. Гуменчук, Д.В. Дождев, Ж. Дома, О.В. Задорожній, Е. Кола, А. М. Колодій, О. Ландо, О.О. Мережко, І.Б. Новицький, Д.Г. Павленко, Л.І. Петражицький, П.М. Рабінович, Р.С. Саммерс, О.І. Тіунов, Ю.В. Цюкало та ін. Разом з тим наразі бракує наукових праць, присвячених становленню і новелізації концепцій застосування принципу добросовісності в праві, які відзначалися б комплексністю, тобто системним висвітленням основних аспектів означених питань у сучасних умовах.

Принцип добросовісності (лат. «*bona fides*» – «добра совість») зародився у праві Стародавнього Риму і став основою багатьох його інститутів. Йдеться насамперед про опіку, поруку, майнові відносини між подружжям, договори купівлі-продажу, оренди, підряду, перевезення, найму тощо. Фундаментом конструкції *bona fides* була конфігурація «доброго чоловіка» («*vir bonus*») як модельного учасника правового спілкування –

носія стандартів моралі, що утвердилися в суспільстві¹. На практиці принцип добросовісності став обмежувачем проявів автономії волі учасників правовідносин, формою вираження якого була заборона незаконної або недобросовісної поведінки, що могла привести до отримання переваг однією зі сторін відносно іншої².

В епоху Середньовіччя категорія «добросовісність» використовувалась для формування трьох основних вимог до поведінки сторін договорів. По-перше, кожна сторона мала тримати своє слово, поводитись «справедливо». По-друге, жодна зі сторін не повинна була використовувати іншу сторону в своїх інтересах за допомогою введення в оману або укладення кабальної угоди. По-третє, кожна сторона мала дотримуватися зобов'язань, які можуть очікуватися від чесної людини³.

Сучасні концепції добросовісності (у тому числі в праві. – І.Н.) ґрунтуються на працях французьких учених Нового часу Ж. Дома (1625-1696 рр.) та Р.-Ж. Потье (1699-1772 рр.), які склали основу цивільно-правового законодавства Франції, вплинули на формування законодавства Англії, США, Канади, інших держав⁴.

Як відзначав Ж. Дома, «немає жодного виду договору, щодо якого би не було зрозуміло, що кожна сторона має діяти добросовісно по відношенню до іншої, з усіма наслідками, необхідними для забезпечення справедливості, як при укладенні, так і при виконанні договору»⁵. Відтак, людина, яка укладає приватноправову угоду, пов'язана не тільки тим, що прямо відображено в угоді, але «рівною мірою і тим, що вимагається за самою природою угоди і всіма обставинами, взяття до уваги яких вимагає справедливість, закон або правила ділового обігу». Загалом згідно з відмінностями в їхніх потребах сторони можуть змінювати умови угоди для задоволення своїх інтересів, але не вправі чинити так, якщо це «являтиме собою порушення норм закону, доброї совісті та справедливості». Таким чином, за позицією Ж. Дома добросовісність, як і справедливість, є перш за все співрозмірністю, яка встановлюється при обміні⁶.

¹ Дождев Д.В. Добрая совесть (*bona fides*) как принцип правового общения // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. Москва: Институт государства и права Российской академии наук, 1996. С. 33, 35.

² Бибииков А.И. Принцип добросовестности в цивилистической доктрине и судебной практике: проблемы толкования // Вестник Костромского государственного университета им. Н.А. Некрасова. 2015. Т. 21. № 2. С. 195.

³ Gordley J. Good Faith in contract law in the medieval *ius commune* // Good Faith in European Contract law / Edited by R. Zimmermann, S. Whittaker. Cambridge, 2000. P. 101-103; Поляков М.А. Развитие принципа добросовестности в праве европейских государств в период от Средневековья до современности // Юридическая наука и практика. 2012. № 18. С. 202–206.

⁴ Поляков М.А. Цит. работа.

⁵ Colas E. La notion d'équité dans l'interprétation des contrats. R. du N, 1983. P. 391.

⁶ Domat J. Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel. Paris, 1777. 202 p.; Поляков М.А. Цит. работа.

Наступник його ідей Р.-Ж. Потье вважав, що добросовісність тісно пов'язана зі взаємною любов'ю між людьми, викликаною релігійними почуттями. Крім того, Р.-Ж. Потье зосереджував увагу на необхідності врахування інтересів третіх осіб.

Концепція добросовісності, запропонована цими науковцями під впливом природно-правової доктрини, була втілена в Кодексі Наполеона (1804 р.) чинному донині Цивільному кодексі Франції (ЦКФ) і стосувалася виконання договорів⁷. Так, в ст. 6 ЦКФ було встановлено: «Не можна порушувати приватними угодами законів, які стосуються громадського порядку та добрих звичаїв». Згідно ст. 1134 ЦКФ «законно укладені угоди займають місце закону для тих, хто їх уклав. Вони можуть бути скасовані лише за взаємною згодою сторін або з причин, відповідно до яких закон дозволяє скасування зобов'язання. Угоди повинні виконуватись добросовісно»⁸.

Крім того, ст. 1135 ЦКФ визначено, що «договір зобов'язує до всіх наслідків, які справедливість привносить в зобов'язання за своєю природою»⁹. При цьому важливою ознакою принципу добросовісності у цивільному праві Франції стало те, що цей принцип, як правило, розглядається не окремо, а в контексті принципу незловживання правом або як підвид даного принципу¹⁰.

Норми ЦКФ про добросовісність стали своєрідним взірцем для змісту актів законодавства багатьох європейських держав¹¹. Разом із тим, хоча у Франції принцип добросовісного виконання договору законодавчо закріплений ще на початку XIX ст., цивільне право цієї держави не зайшло в його застосуванні настільки далеко, як німецьке після ухвалення на століття пізніше, в 1896 р., чинного донині Німецького цивільного уложення (НЦУ)¹². На відміну від Франції в Німеччині всі правові інститути розвивалися не на основі природного права, а завдяки працям глосаторів і постглосаторів під впливом римського права. Право формувалося у вигляді безлічі компромісів на рівні як загальної доктрини права, так і практики правовідносин¹³.

⁷ Cremades B.M. Good Faith in International Arbitration // American University International Law Review. 2012. Vol. 27, no. 4. P. 761–788.

⁸ Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 // MAFR. URL: http://mafr.fr/media/attachments/2011/11/22/Article_1134.pdf

⁹ Вердиян Г.В. Концепция доброй совести и институт злоупотребления правом в зарубежном законодательстве // Евразийский юридический журнал. 2012. № 3 (46). С. 33–36.

¹⁰ Павленко Д.Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2009. С. 35.

¹¹ Вердиян Г.В. Цит. работа.

¹² Будылин С. Реформа договорного права Франции: По дороге из Англии в Германию // Закон. URL: https://zakon.ru/blog/2016/3/3/reforma_dogovornogo_prava_franicii_po_doroge_iz_anglii_v_germaniyu

¹³ Поляков М.А. Цит. работа. С. 202-206.

Як аналог римського *bona fidae* в Німеччині склалась концепція *Treu und Glauben* (нім. *Treu* – довіра, лояльність, довірливість, надійність, *Glauben* – віра в значенні довіри або упевненості). Комбінація цих слів є сталим юридичним терміном, який означає стандарт чесності, довіри, дбайливої поведінки, дій з урахуванням правомірних інтересів іншої сторони. У зв'язку із цим деякі автори дійшли висновку про те, що *Treu und Glauben* є не нормою права з чітким змістом, а скоріше являє собою відкриту норму абстрактного характеру, яка наповнюється конкретним змістом в результаті її застосування в тих чи інших обставинах¹⁴.

У Німеччині добросовісність стали наділяти двома взаємопов'язаними характеристиками: суб'єктивним елементом (поведінка учасника правовідносин, що характеризується знанням або незнанням будь-яких юридично значимих фактів (нім. – *Guter Glaube*)) та об'єктивним елементом (співвіднесення добросовісності зі справедливістю). Це дозволяло суддям, застосовуючи в конкретних ситуаціях існуючі в суспільстві уявлення про належне і неналежне, розвивати й доповнювати право¹⁵.

Нормою § 242 НЦУ на боржника покладене зобов'язання «здійснювати виконання добросовісно, узгоджуючи його зі звичаями цивільного обігу». Дана норма, у зв'язку із її значенням в розвитку права, і не лише в Німеччині, вважається «королевою» НЦУ¹⁶ і, попри критику стосовно вторгнення справедливості у встановлені правові принципи, завдяки прогресу в тлумаченні перетворила положення § 242 на одне із так званих «загальних застережень» і стала причиною так званої «прецедентної революції».

Звертаючись до «загальних застережень», суддя або арбітр діє: а) виконуючи свою функцію застосувати закон і, у відповідних випадках, визначати наслідки того, що встановлено законом; б) обмежуючи здійснення договірних прав у випадку зловживання правом; і в) навіть *contra legem*, визначаючи обов'язки сторін¹⁷. Таким чином, застосування принципу добросовісності в судовій практиці Німеччини вийшло далеко за межі правової норми, яка його закріпила, але в той же час сьогодні воно повинно незмінно залишатися в рамках закону та договору¹⁸.

У процесі розвитку англійського права добросовісність не було визнано універсальним обов'язком сторін правовідносин. Частково такий стан речей пов'язаний із побоюваннями, що це може спричинити невизначеність: відповідь на питання, якими є фактичні наслідки зобов'язання,

¹⁴ Мережко А.А. Договор в частном праве. Киев: Юстиниан, 2003. С. 65.

¹⁵ Поляков М.А. Цит. работа. С. 202-206.

¹⁶ Lando O. Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law? // European Review of Private Law. 2007. Vol. 15, Iss. 6. P. 841–853

¹⁷ Cremades B.M. Op. labor. P. 773.

¹⁸ Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 // MAFR. URL: http://mafr.fr/media/attachments/2011/11/22/Article_1134.pdf

може бути абстрактною, багатозначною та суб'єктивною. Крім того, вважалось, що добросовісність суперечить свободі договору через «втручання» в угоду, сторони якої вільно узгодили її умови. Замість запровадження широкого загального принципу добросовісності англійське право розвивалося шляхом вироблення конкретних рішень для розв'язання різноманітних проблем, зокрема виникнення ситуацій, які можуть бути несправедливими¹⁹. Часто у справах, в яких в договорах містилась чітка вказівка на обов'язок поводитись добросовісно в певному випадку, сторони, які посилались на неї, стверджували, що такий обов'язок є універсальним і може застосовуватися до інших положень договору. Суди ж здебільшого виступали за вузьке тлумачення договірних зобов'язань, які передбачали добросовісну поведінку, і, у випадках, коли йшлося про певне положення, не вказували на застосування добросовісності як загального принципу договірних відносин²⁰.

Отже, наприкінці XVIII – початку XIX століття розвиток доктрини добросовісності відбувався на основі природного права. У наукових працях та практиці добросовісність сприймалась і відображалась як справедливість та співрозмірність, що встановлюється при обміні.

Стосовно правового регулювання у цей період розвитку суспільних відносин, пов'язаних із добросовісністю, на території України, то згадка про зазначені питання зустрічається в нормах Зводу законів Російської імперії (вперше опублікованого у 1832 р.). Зокрема, з добросовісністю пов'язувалося тлумачення угоди (ст. 1538 і ст. 1539 Зводу законів). При цьому добросовісний власник, чиє незнання було результатом його недбалості, мав право залишити за собою плоди використання речі і не відповідав за її втрату. Відтак законному власнику, провини якого не було, заподіювали збитки²¹.

Загалом у Російській імперії доктрина добросовісності розвивалась пізніше і значно повільніше, ніж на Заході. Єдиними науковими працями з даного питання стали монографія Л.Й. Петражицького «Права добросовісного власника на доходи з точки зору догми та політики цивільного права» 1897 р.²² і стаття І.Б. Новицького «Принцип доброї

¹⁹ *Good faith – is there a new implied duty in English contract law?* // Meyer & Brown Legal Update. 2013. С. 1.

²⁰ *Is there a general principle of good faith under English law?* // Fenwick Elliott Annual Review. 2016. 6 p.

²¹ *Соснин А.В.* Правовое регулирование административного порядка производства по гражданским делам по Своду законов Российской империи 1832-1857 годов // Genesis: Исторические исследования. 2016. №2. С. 22–38.

²² *Петражицкий Л.И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. Москва: Статут, 2002. 426 с.

совісті в проекті зобов'язального права» 1916 р.²³, присвячена процесу розробки і змісту проекту Цивільного уложення Російської імперії²⁴.

У часи існування Радянського Союзу наукові доробки із зазначеної проблематики не були розвинені, адже принцип добросовісності практично не мав самостійного застосування. Справа у тому, що і в законодавстві, і у правовій доктрині під впливом ідеології можливість існування у праві норми, яка б могла суттєво розширити суддівський розсуд, здебільшого заперечувалась. Це вважалось загрозою дотриманню законності. Крім того, радянське право характеризувалося запереченням природних концепцій на користь позитивізму. Відтак, не дивно, що положення про добросовісність законодавстві СРСР (передусім цивільному) були відсутні²⁵.

Висвітлення цього інституту обмежувалося главою чи параграфом в наукових працях з різних аспектів (застосування аналогії права, зловживання цивільними правами) тощо або публікаціями щодо окремих аспектів дії даного принципу до відносин у сфері договірної права, захисту добросовісного власника майна, страхування, зловживання правом.

Зазначені фактори стали причиною відсутності чітких уявлень про поняття принципу добросовісності, зміст його елементів, змісту, про межі застосування цього принципу при розв'язанні спорів у сфері договірної зобов'язального права. Це мало певний негативний вплив на правозастосовну практику в цілому і судову практику зокрема²⁶.

Наприкінці ХХ ст. на характері розвитку принципу добросовісності у праві держав світу суттєво позначилось утвердження концепції соціальної держави в Західній Європі. У цей період спостерігалася тенденція обмеження дії принципу свободи договору і, відповідно, підвищення ролі принципу добросовісності. Автори нових актів законодавства і суди стали виходити не з принципу автономії приватної волі, заснованої на рівності учасників договірних відносин, а з теорії справедливого договору, яка передбачає посилений захист слабкої сторони – громадянина, споживача, що не має необхідних знань та досвіду. У цьому проявилось прагнення до посилення основ соціальної держави і справедливого соціального ладу²⁷.

²³ Новицький І. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 1916. № 6. С. 56–90.

²⁴ Попова А. В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: законодательство и судебная практика РФ и стран-членов ЕС: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Российская академия правосудия. Москва, 2005. С. 3.

²⁵ Цюкало Ю. В. Сучасний стан та перспективи розвитку принципу добросовісності у вітчизняному цивільному праві // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2012. Вип. 19. Т. 2. С. 154.

²⁶ Попова А. В. Цит. работа. С. 4-5.

²⁷ Сорокина Е. А. Категория добросовестности в западной традиции права: историко-теоретический аспект: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Российский университет дружбы народов. 2009. С. 3.

З-поміж сучасних нормативно-правових актів національного законодавства принцип добросовісності відображений передусім у цивільних кодексах держав континентальної правової сім'ї (Німеччина, Італія, Франція, Нідерланди, Швеція, Швейцарія, Україна та ін.) і регулює відносини щодо договорів цивільного характеру, боргових зобов'язань, використання цінних паперів, права власності на майно, інтелектуальної власності, довірчого управління, корпоративні відносин та відносини представництва, відносини щодо конкуренції на ринку тощо. У державах загального права принцип добросовісності розвивається передусім завдяки діяльності судів, однак поступово розширюється і масив законодавчих актів, в яких закріплено застосування даного принципу.

Крім того, необхідно звернути увагу на уніфікацію права в рамках функціонування ЄС, у процесі якої виробляються загальні підходи до розуміння, змісту і сфери застосування принципу добросовісності на основі підходів, сформованих в різних національних правових системах²⁸. Відтак, ухвалені такі нормативно-правові акти *acquis communautaire*, як Директива 93/13/ЄЕС про несправедливі умови споживчих договорів 1993 р.²⁹ і Регламент №864/2007 про право, що підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань 2007 р.³⁰ Зокрема, у першому з цих актів передбачено, що «умови договору, які не обговорювалися індивідуально, визнаються несправедливими, якщо всупереч вимогам добросовісності вони призводять до значного дисбалансу між правами та обов'язками сторін, які випливають з договору, на шкоду споживачеві»³¹. З-поміж іншого, Регламент 2007 р. встановлює субсидіарні колізійні прив'язки, які передбачають звернення до права держави, з якою позадоговірне зобов'язання, що виникає внаслідок недобросовісних переговорів, пов'язане найтісніше³². В опублікованому у 2008 р. під егідою ЄС документі наукового характеру «Принципи, дефініції та модельні правила європейського приватного права» принцип добросовісності визначений одним з основних у регулюванні відносин у відповідній сфері і, таким чином, закріплений у багатьох положеннях³³.

²⁸ Сорокина Е.А. Цит. работа. С. 3.

²⁹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // Official Journal. 1993. L 95. P. 29–34.

³⁰ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) // Official Journal. 2007. L 199. P. 40–49.

³¹ Ханік-Посполітак Р.Ю. Поняття «несправедливі умови в договорах» // Наукові записки НаУКМА. Серія «Юридичні науки». 2007. Т. 64. С. 103.

³² Hage-Chahine N. *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation* // Northwestern Journal of International Law & Business. 2012. Vol. 32. P. 451–540.

³³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition.* Sellier. European Law Publishers GmbH. 2009. С. 178.

Вказані процеси вплинули на законодавство, доктрину і судову практику не тільки держав континентальної Європи, а й Англії, де намагаються досягти компромісу між ідеями свободи договору, автономії волі і принципом добросовісності, що обмежує дані максими. В результаті і тут зазначений принцип впроваджується в національний правопорядок, щоправда, із суттєвими відмінностями і застереженнями³⁴.

Підсумовуючи, можна виокремити ознаки, притаманні становленню і розвитку концепцій добросовісності у період Нового часу (XVII ст. – перша половина XX ст.). В основі цих ознак, на наш погляд, покладено наступне: а) розвиток доктрини добросовісності на основі природного права; б) сприйняття принципу добросовісності як справедливості й співрозмірності, що встановлюється при обміні; в) закріплення принципу добросовісності у Цивільному кодексі Франції 1804 р. (Кодексі Наполеона) як принципу договірної права і в контексті незловживання правом (або як підвид даного принципу); г) формування цивільного законодавства європейських держав стосовно принципу добросовісності під впливом Кодексу Наполеона; г) становлення у німецькому праві доктрини *Treu und Glauben* і закріплення в Німецькому цивільному уложенні 1896 р. основної норми про добросовісність як «загальне застереження», широке тлумачення та розвиток принципу добросовісності завдяки судовій практиці; д) обмежене застосування принципу добросовісності у державах загального права.

Ці тенденції вирішальним чином вплинули на наступний період, який триває з другої половини XX ст. і донині – період утвердження сучасних систем застосування принципу добросовісності у правовому регулюванні. Даному періоду властиві наступні риси: а) активізація застосування принципу добросовісності внаслідок глобалізації, інтенсифікації міжнародної торгівлі, виникнення нових видів правовідносин; б) більш широка інтерпретація принципу добросовісності судами; в) ухвалення ЄС нормативно-правових актів, які містять норми про застосування принципу добросовісності; г) ухвалення в багатьох європейських державах загального права нормативно-правових актів, які передбачають застосування принципу добросовісності у низці сфер суспільних відносин; г) запровадження в законодавство держав нових обов'язків сторін правовідносин, пов'язаних із реалізацією принципу добросовісності (надавати інформацію іншій стороні, враховувати її інтереси у комплексі, не вимагати виконання зобов'язання в натурі, надмірно обтяжливого для боржника тощо); д) ухвалення міжнародних договорів та інших актів у сфері міжнародного публічного і приватного права, норми яких передбачають застосування принципу добросовісності.

³⁴ Сорокина Е.А. Цит. работа. С. 3.

УДК 342.565.4: 336.225.673

Встановлення податкової відповідальності в адміністративному судочинстві: роль вироків за угодами про визнання винуватості

Л. М. Белкін,

*кандидат технічних наук,
старший науковий співробітник, адвокат*

М. Л. Белкін,

кандидат юридичних наук, адвокат

Ю. Л. Юринець,

*доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри конституційного
та адміністративного права
Національного авіаційного університету*

Розглядаються межі преюдиціальності вироків за угодами про визнання винуватості в податкових спорах, що вирішуються в адміністративному судочинстві. Доводиться презумпція неможливості визнання преюдиціальності таких вироків у таких спорах, оскільки ці вирокі навіть теоретично не гарантують дотримання принципу законності та гарантій істини.

© Белкін Леонід Михайлович – кандидат технічних наук, старший науковий співробітник, адвокат

© Белкін Марк Леонідович – кандидат юридичних наук, адвокат

© Юринець Юлія Леонідівна – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри конституційного та адміністративного права Національного авіаційного університету

Ключові слова: адміністративний процес, кримінальний процес, угода про визнання винуватості, вирок на підставі угоди про визнання винуватості, законність, преюдиціальність, єдність судової практики.

Белкин Л. М., Белкин М. Л., Юринец Ю. Л. Становление налоговой ответственности в административном судопроизводстве: роль приговоров по соглашениям о признании виновности

Рассматриваются пределы преюдициальности приговоров по соглашениям о признании виновности в налоговых спорах, которые решаются в административном судопроизводстве. Доказывается презумпция невозможности признания преюдициальности таких приговоров в таких спорах, поскольку эти приговоры даже теоретически не гарантируют соблюдения принципа законности и гарантий истины.

Ключевые слова: административный процесс, уголовный процесс, соглашение о признании виновности, приговор на основании соглашения о признании виновности, законность, преюдициальность, единство судебной практики.

Belkin Leonid, Belkin Mark, Iurinetz Yulia. Establishment of tax liability in administrative proceedings: the role of sentence under the plea agreement

The limits prejudice of sentence under agreements on guilty pleas in tax disputes that are resolved in administrative proceedings are considered. The presumption is proved that it is impossible to recognize the prejudice of such sentences in such disputes, since these sentences even theoretically do not guarantee respect for the principle of legality and guarantees of truth, and in the conditions of the Ukrainian criminal process do not provide these guarantees with a nearly 100 percent probability.

Keywords: administrative procedure, criminal procedure, agreement on recognition of guilt, sentence on the basis of agreement on recognition of guilt, legality, prejudice, unity of judicial practice.

Згідно із ч. 6 ст. 78 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС) вирок суду в кримінальному провадженні, який набрав законної сили, є обов'язковим для адміністративного суду, що розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, стосовно якої ухвалений вирок, лише в питанні, чи мали місце ці дії (бездіяльність) та чи вчинені вони цією особою.

Водночас виникає питання про можливість застосування відповідно до цієї норми вироків за угодами про визнання винуватості, оскільки навіть теоретично багато спеціалістів вважають, що такі вирокі можуть призводити до відходу від принципу законності та гарантій істини¹. На

¹ Тертишник В. Компроміс у кримінальному процесі // Підприємство, господарство і право. 2002. № 11. С. 107-112; Краснопольська Л.П. Інститут угод про визнання вини в кримінальному провадженні України // Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право. 2015. Вип. 28. С. 167-176; Крушинський С.А. Угода про визнання вини: світовий досвід та перспективи запровадження в Україні // Університетські

відсутність гарантій істини у таких кримінальних провадженнях вказував ще у 2002 р. В. Тертишник. Можливі як самообмови (Л.П. Краснопольська), так і обмови інших – з метою уникнути більш тяжкого покарання і перекласти відповідальність на інших осіб (Д.В. Трут). Натомість з української практики кримінального процесу достеменно відомо, що ці теоретичні припущення щодо нехтування істиною у вироках за угодами справджуються майже із 100-відсотковою вірогідністю². Незважаючи на це, судді адміністративних судів, навіть Касаційного адміністративного суду в складі Верховного Суду (далі – КАС ВС), визнають преюдиціальність у податкових спорах вироків за угодами без будь-якого додаткового дослідження «якості» використаних вироків³. Отже, дослідження меж застосування в адміністративних судових процесах вироків за угодами про визнання винуватості є актуальним.

У науці проблема преюдиціальності в адміністративних справах вироків за угодами про визнання винуватості практично не розроблялася. Можна згадати публікації Л.М. Белкіна⁴, Д.В. Трута, які не розглядаються як наукові, хоча містять багато практично значущого матеріалу з даного питання. У Постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 11.12.2015 р. № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» вказано, що «вирок, ухвалений на підставі угоди, стосовно однієї із декількох осіб *не має* преюдиціального значення для кримінального провадження відносно інших осіб, *а визнання винуватості першою не є доказом вини останніх*». Відтак якщо вирок за угодами про визнання винуватості не мають преюдиціального значення у межах одного процесу (кримінального), то ці вирок тим більше не мають преюдиціального значення у межах різних процесів (у даному випадку кримінального й адміністративного).

наукові записки. 2010. № 4 (36). С. 238-245; *Кіслицина І.* Прокурор – гарант дотримання прав людини та основних засад судочинства при укладанні угод про визнання винуватості // Підприємництво, господарство і право. 2016. № 7. С. 173-178; *Трут Д.В.* Вирок за ст. 205 КК України щодо директора контрагента: чи є надія скасувати ППР в судовому порядку? URL: <http://pres.in.ua/posobnictvi-v-umisnomu-uhilenni-vid-splati-podatktiv-inshim-sub.html>

² *Белкін Л.М.* Гримаси «вироків» за угодами про визнання винуватості у кримінальному процесі та перспективи цих інститутів. // Вісник Національної асоціації адвокатів України. 2018. № 1-2 (40). С. 43-46; *Белкін М.Л., Белкін Л.М.* Угоди про визнання винуватості в кримінальному процесі України як чинник порушення прав приватних осіб // Судова та слідча практика в Україні. 2018. Вип. 6. С. 23-28.

³ *Белкін Л.* Касаційний адміністративний суд: назва нова, а підходи до судівництва старі // Stockworld. 31.10.2018 р. URL: <https://www.stockworld.com.ua/ru/column/kasat-siinii-administrativnii-sud-nazva-nova-a-pidkhodi-do-sudivnitstva-stari>

⁴ *Белкін Л.* Там само.

Проте це роз'яснення ВССУ суддями адміністративних судів практично не враховується, оскільки воно нібито з іншої, кримінальної, юрисдикції. Щоправда, застосовувати судові рішення (вироки) з кримінальної юрисдикції суддям адміністративних судів нічого не заважає. Як вказував О. Марков ще у 2011 році, адміністративні суди зайнялися невластиво для них функцією наповнення бюджету, а не реальним правосуддям⁵. Відтоді мало що змінилося⁶.

Отже, дослідження меж преюдиціальності вироків за угодами про визнання винуватості в податкових справах, що вирішуються в адміністративному судочинстві, є актуальним.

Серед податкових спорів найбільш гострі та болючі спори з податкових наслідків укладання та виконання господарських договорів, коли працівники податкової (фіскальної) служби перекладають відповідальність за податкові порушення (справжні або уявні) з контрагента на сумлінного платника податків. Так, О.М. Антіпов, О.О. Новоточинова серед способів ухилення від сплати податків визначають ухилення шляхом: підроблення документів про здійснення господарських операцій; використання підроблених документів під час оформлення фінансових операцій тощо⁷. А.В. Логвин⁸ вказує, що, незважаючи на державні гарантії, передбачені нормою абзацу 3 п. 198.6 ст. 198 Податкового кодексу України, відповідно до якої (норми) *«податкові накладні, отримані з Єдиного реєстру податкових накладних, є для отримувача товарів/послуг підставою для нарахування сум податку, що відносяться до податкового кредиту»*, податківці можуть знехтувати цим у разі отримання інформації про наявність вироку суду щодо контрагента-постачальника, якого визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 205 Кримінального кодексу України (фіктивне підприємництво), або закриття такого кримінального провадження за nereабілітуючими підставами.

У рішенні Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) від 22.01.2009 року в справі «Булвес» АД проти Болгарії» (заява № 3991/03) з приводу неможливості перекласти відповідальність за сплату ПДВ з продавця (постачальника) на покупця ЄСПЛ наголошував на індивіду-

⁵ URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/260299/bagati-ne-plachut>

⁶ Белкін Л. Касаційний адміністративний суд: назва нова, а підходи до судівництва старі ...

⁷ Антіпов О.М., Новоточинова О.О. Податкове планування як засіб оптимізації сплати ПДВ та податку на прибуток // Наукові вісті Далівського університету. 2013. № 10. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdu_2013_10_3

⁸ Логвин А.В. Зареєстрована податкова накладна – підстава та беззаперечне право для формування податкового кредиту // Вісник Маріупольського державного університету. Серія Право. 2017. Вип. 14. С. 107-114.

альній юридичній відповідальності за податкові правопорушення. Це, до речі, повністю відповідає і статті 61 Конституції України щодо індивідуальної відповідальності. Однак зазначене рішення ЄСПЛ ще не стало керівним для українських судів.

Так, у Постанові КАС ВС від 15.05.2018 р. у справі № 817/87/17, адміністративне провадження № К/9901/46296/18 (судді – Ханова Р.Ф., Гончарова І.А., Олендер І.Я.) вказано: «Посилання Позивача на висновки ЄСПЛ у справі «Булвес АД проти Болгарії» є неприйнятними з огляду на те, що висновки у цій справі стосувалися оцінки правомірності дій податкових органів, які всупереч положенням чинного законодавства позбавили платника податків права на отримання податкового кредиту, хоча останнім виконано всі умови для його отримання»⁹. Ті ж аргументи щодо незастосування даного рішення ЄСПЛ ця колегія суддів наводить у Постанові КАС ВС від 18.09.2018 р. у справі № 802/2231/17-а, адміністративне провадження №№ К/9901/56869/18, К/9901/56970¹⁰. Заради справедливості слід зазначити, що деякі судді визнають правомірним застосування цього рішення ЄСПЛ. Як, наприклад, у Постанові КАС ВС від 15.05.2018 р. у справі № 870/9721/12, адміністративне провадження № К/9901/2774/18 (судді Шипуліна Т.М., Бившева Л.І., Хохуляк В.В.), де чітко і однозначно визнано, що у справі «Булвес» АД проти Болгарії» ЄСПЛ наголошував на індивідуальній юридичній відповідальності за податкові правопорушення¹¹. Однак така «справедливість» не дуже радує, оскільки означає, що задекларована у судовій реформі 2016 року мета створення єдиної судової практики насправді перетворилася на індивідуальні практики окремих суддів, навіть на рівні Верховного Суду.

Варто зазначити, що Постанова КАС ВС від 15.05.2018 р. у справі № 817/87/17 у частині, яка приймалася не на користь платника податків – позивача, послуговувалася посиланнями на вироки кримінальних судів, які прийняті за наслідками укладання угод про визнання винуватості. При цьому було визнано¹², що під час проведення вказаної перевірки *первинні документи* платника в розрізі перелічених контрагентів *не досліджувалися*; запити на отримання копій або на доступ до оригіналів первинних документів до правоохоронних органів не направлялися; висновки, викладені в акті перевірки, зроблені на основі податкових баз даних, матеріалів досудового слідства, а також вироків по кримінальних

⁹ URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74034950>

¹⁰ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76543377>

¹¹ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74426812>

¹² URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74729304>

справах щодо посадової особи ТОВ «Флексай» (Броварського міськрайонного суду Київської області від 22.06.2017 р. у справі № 361/3421/17) та ТОВ «Проммеханіка Україна» (Вінницького міського суду Вінницької області від 19.09.2016 р. у справі № 127/9558/16-к). Тобто апеляційний та касаційний суди погодилися з такою перевіркою без перевірки.

Оцінюючи роль і значення згаданих вироків, КАС ВС все ж таки звернув увагу, що ці вирокі постановлені за наслідками угод про визнання винуватості, однак в оцінці доказового значення цих вироків проявив непослідовність. Так, спочатку суд вказав, що «сам факт наявності вироку, ухваленого на підставі угоди у кримінальному провадженні, не дає підстав для автоматичного висновку про нереальність господарських операцій», однак потім зазначив, що *«всі первинні документи, якими обґрунтовується реальність операцій з Товариствами з обмеженою відповідальністю «Флексай» та «Проммеханіка Україна», підписано особами, які не мали на меті здійснення фактичної господарської діяльності. Вказані обставини встановлені вирокими, які набрали законної сили»*. Тобто суд визнав безумовну преюдиціальну силу вироків за угодами про визнання винуватості, з чим погодитися категорично не можна ані з теоретичної, ані з процесуально-практичної точки зору.

Як зазначено вище, вирокі за угодами апріорі приречені на відхід від принципу законності та гарантій істини. На думку В. Тертишника, незважаючи на численні нагадування про права і гарантії, всі вони можуть виявитися непотрібними через відсутність гарантій істини; торг у справі встановлення істини просто недоречний. Істина не може бути досягнута жодними контрактами¹³.

В.І. Теремецький, Г.В. Соловей погоджуються, що при рецепції угоди про визнання вини варто враховувати особливості діяльності правоохоронних органів України. Тому така угода може мати місце у вітчизняному кримінальному процесі тільки тоді, коли встановлені всі обставини кримінальної справи, що підлягають доказуванню¹⁴. І. Кісліцина вважає за необхідне рахуватися із тим, що традиційно серед працівників правоохоронних органів України була поширена практика отримання зізнавальних свідчень від особи шляхом фізичного примусу чи загроз його застосування¹⁵. Серед небезпечних відхилень від принципу об'єктивної істини у кримінальному процесі можна вважати самообмову чи обмову підозрю-

¹³ Тертишник В. Цит. праця. С. 107-112.

¹⁴ Теремецький В.І., Соловей Г.В. Угода про визнання вини у новому кримінальному процесуальному кодексі України // Юридична наука. 2012. № 7. С. 111-115.

¹⁵ Кісліцина І. Цит. праця. С.176.

ваним (обвинуваченим) інших осіб в обмін на преференції для себе. Так, Л.П. Краснопольська слушно зазначає, що визнання обвинуваченим винуватості в судовому розгляді та ініціювання укладення угоди про визнання винуватості або угоди про примирення може бути викликане різними обставинами. Обвинувачений може неправильно оцінювати свої дії та погодитися з тією кваліфікацією, яку визначило досудове розслідування, може обмовляти себе через різні обставини (зі своєї ініціативи або в результаті тиску з боку органів, що проводили досудове розслідування, або інших осіб, заінтересованих у результаті кримінального провадження), просити не проводити дослідження доказів та водночас відмовитися давати показання в суді, що також є його процесуальним правом¹⁶. І. Кісліцина зазначає, що на практиці, на жаль, іноді бувають випадки, коли прокурор, розуміючи, що доказів, які підтверджують вину особи, недостатньо для винесення судом обвинувального вироку, пропонує особі в цій ситуації визнати повністю свою вину у скоєному злочині й укласти угоду про визнання винуватості, аргументуючи свою позицію тим, що обвинувальних доказів достатньо й інакше особа отримає більш суворе покарання¹⁷. С.А. Крушинський застерігає, що самообмова обвинуваченого, що може бути результатом тиску з боку сторони обвинувачення, потягне за собою не тільки засудження невинуватого, а й залишить непокараною винувату особу, тобто не будуть виконані завдання кримінального судочинства¹⁸.

Погоджуючись із обмовою інших осіб, винуватість яких не можна довести без показань обвинуваченого, або ж які взагалі не скоювали злочину, підозрюваний (обвинувачений) може отримати для себе дозвіл на визнання вини в менш тяжкому злочині з тих правопорушень, у яких обвинувачується особа; дозвіл на визнання вини тільки за одним із кількох пунктів обвинувачення та отримання від імені держави рекомендацій суду про застосування менш тяжкого покарання під час винесення вироку – застосування альтернативного покарання або його зниження. Механізм перекладання на третіх осіб (контрагентів) відповідальності за ст. 212 КК України взамін визнання винуватості за ст. 205 КК України описаний та проаналізований у публікації Д.В. Трута¹⁹. Так, керівник підприємства, бажаючи уникнути відповідальності за більш «важкою» ст. 212 КК України, заявляє, що не має

¹⁶ Краснопольська Л.П. Цит. праця. С. 173.

¹⁷ Кісліцина І. Цит. праця. С. 177.

¹⁸ Крушинський С.А. Цит. праця. С. 239-240.

¹⁹ Трут Д.В. Цит. праця.

жодного відношення до діяльності «свого» підприємства, тим самим визнає провину за ст. 205 КК України і підписує угоду про визнання винуватості, де прямо називає своїх контрагентів такими, що вчиняли «фіктивні» господарські операції і нібито ухилялися від сплати податків. За таких умов такий керівник підприємства гарантовано отримує вирок за ст. 205 КК України з покаранням, значно нижчим, ніж можливе за ст. 212 КК України (*мал. 1*), а сторона слідства, окрім «закритої» справи, ще й преюдиціальні твердження про винуватість контрагентів (*мал. 2*). На ці ж небезпеки отримання слідчими пояснень від керівників підприємств про «фіктивність» власної діяльності останніх вказує і адвокат Н. Мартинюк: ці пояснення можуть надаватися з метою уникнення відповідальності, оскільки ухилення від сплати податків є важчим злочином, ніж фіктивне підприємництво²⁰.

Причини підписання «діючим» контрагентом угоди про визнання винуватості	
Варіанти притягнення до кримінальної відповідальності	
<p>Угода про визнання винуватості за статтею 205 (фіктивне підприємництво)</p> <p>Максимальна санкція: 85 000 грн.</p>	<p>Кримінальна відповідальність за статтями:</p> <ul style="list-style-type: none"> – 212 ККУ (Ухилення від сплати податків, обов'язкових платежів). Максимальна санкція: з врахуванням положень ст. 53 ККУ можливий штраф у розмірі несплачених податкових зобов'язань та позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна; – 209 ККУ (Легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом) Максимальна санкція: позбавлення волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом, та з конфіскацією майна.

Мал. 1. Причини підписання угоди про визнання винуватості в дилемі стаття 205 – стаття 212 КК України (Д.В. Трут)

²⁰ Мартинюк Н. Практичні підсумки нереальних операцій // Юридична газета. 09.02.2016 р. № 6 (504). С. 26-27.

Наслідки для платника податків	
Компанія-продавець (постачальник)	Компанія-покупець
Визнання особою кримінальної відповідальності за ст. 205 ККУ (фіктивне підприємництво) шляхом винесення вироку на підставі угоди про визнання винуватості	Податкові ризики — позбавлення платника податків права на формування податкового кредиту та витрат. Ризики притягнення до кримінальної відповідальності за статтями: – 212 (ухилення від сплати податків); – 366 (службове підроблення); – 191 (привласнення, розтрата чи заволодіння майном – 209 (легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом); – 367 (службова недбалість); інше.

Мал. 2. Наслідки угоди про визнання винуватості керівником підприємства для платника податків – контрагента (Д.В. Трут)

Безумовна преюдиціальність для адміністративного процесу неприйнятна і з процесуально-практичної точки зору, як це зазначено у згаданій вище Постанові ВССУ від 11.12.2015 р. № 13. Варто підкреслити, що, незважаючи на те, що висновок про відсутність преюдиціальності вироків за угодами зроблений ліквідованим касаційним судом, цей висновок повністю відповідає Кримінальному процесуальному кодексу України і залишається актуальним. Так, відповідно до п. 3 ч. 7 ст. 474 КПК України суд першої інстанції перевіряє запропоновану сторонами угоду про визнання винуватості на відповідність вимогам цього Кодексу та/або закону. Суд відмовляє в затвердженні угоди, якщо, зокрема, умови угоди порушують права, свободи чи інтереси сторін або інших осіб. Очевидно, що якщо певний вирок має преюдиціальне значення для інших судових справ, то цей вирок зачіпає права учасників цих справ. Тобто, або цей вирок, дійсно, не має преюдициального значення для інших справ, або суддя, постановивши такий вирок, порушив вказану норму КПК. Однак згідно ч. 2 ст. 24 КПК України гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді. Отже, якщо вирок за угодою дійсно зачіпає права третьої особи, то він підлягав би оскарженню цією особою, як на цьому наголошувалося, зокрема, у статті одного з авторів²¹.

²¹ *Белкін Л.* Вакханалію безпідставних обвинувачень можна і необхідно зупиняти // Stockworld. 09.07.2018 р. URL: <https://www.stockworld.com.ua/ru/column/vakhanaliiu-biezpidstavnikh-obvinuvachien-mozhna-i-nieobkhdno-zupiniati>

При цьому необхідно наголосити, що у судовій практиці України відомі спроби оскарження вироків контрагентами суб'єктів господарювання, які (вироки) постановлені за угодами відносно посадових осіб останніх. Однак апеляційні та касаційні кримінальні суди заперечують проти таких оскаржень, вважаючи, що вирок за угодами не мають преюдиціального значення для контрагентів. Так, в ухвалях ВССУ від 26.12.2016 р. (за касаційною скаргою ТОВ «БК «Гарантбудінвест») та від 13.03.2017 р. (за касаційною скаргою ТОВ «Гарантбудімекс») судді приходили до наступних висновків: **«Що стосується доводів [авторів касаційних скарг] про преюдицію вироку відносно ОСОБА_2 у адміністративному спорі, то вони є також необґрунтовані та безпідставні, що спростовується наступним. Так, у ч. 4 ст. 72 КАСУ [в редакції до 15.12.2017 року] мова йде про преюдиційний характер вироків судів у кримінальних справах або постанов судів у справах про адміністративні правопорушення. Зазначені акти судів мають обов'язковий характер при розгляді спору адміністративним судом лише в частині питань про те, чи мало місце діяння та чи вчинено воно особою, правові наслідки дій чи бездіяльності якого розглядаються в ході адміністративного судочинства. Таким чином, преюдиційними обставинами в розумінні ч. 4 ст. 72 КАСУ є факти, наведені у вирокі або постанові про адмінправопорушення щодо часу, місця і об'єктивного характеру відповідного діяння. При цьому всі інші обставини, що містяться у вирокі або постанові про адмінправопорушення, можуть лише прийматися до відома, оцінюватися і враховуватися судом за його власним переконанням».** Судді ВССУ особливо наголосили, що у вироках **не згадується** відповідно ТОВ «БК «Гарантбудінвест»²² та ТОВ «Гарантбудімекс»²³. Таким чином, Постанова КАС ВС від 15.05.2018 р. у справі № 817/87/17 про абсолютне преюдиціальне значення вироків за угодами суперечить висновкам наведених ухвал ВССУ про відсутність такої преюдиції. До судової «реформи» 2016 р. ці суперечності могли б бути узгоджені старим Верховним Судом України. А тепер виходить ситуація, як у прислів'ї «і б'ють, і плакати не дають», тобто вирок за угодами нібито впливають на права суб'єкта господарювання, але оскаржити їх неможливо. Ця ситуація є додатковою ілюстрацією вад судової «реформи» 2016 р. Суб'єкти господарювання повинні усвідомити, що потрібно оскаржувати будь-які судові рішення, які можуть негативно відбитися на їх правах та інтересах. Якщо ж пристати на позицію, висловлену у наведених ухвалях, то можемо дійти висновку, що, ухилившись від оцінки конкретних подій відносно позивача, колегія суддів, що приймала

²² URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63716178>

²³ URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65286600>

Постанову КАС ВС від 15.05.2018 р. у справі № 817/87/17, порушила вимоги процесуального закону – КАС. Якщо ж уважно подивитися на застосовані адміністративними судами вироки Броварського міськрайонного суду Київської області від 22.06.2017 у справі № 361/3421/17²⁴ та Вінницького міського суду Вінницької області від 19.09.2016 у справі № 127/9558/16-к²⁵, то можна дійти висновку, що при належній процедурі оскарження були б усі підстави для їх скасування.

Наприклад, у згаданому вирокі Броварського міськрайонного суду Київської області вказується, що у 2016 р. обвинувачений порушив Закон України «Про підприємництво» (!), який втратив чинність ще 01.01.2004 року; зазначається, що установчі документи підписувалися «в приміщенні невстановленого слідством приватного нотаріуса», хоча підписи приватного нотаріуса відбиваються на установчих документах; «після підписання установчих документів ТОВ «Флексай» ОСОБА_2 передав їх невстановленій досудовим розслідуванням особі для здійснення перереєстрації товариства в органах державної влади», хоча особи, що здійснюють реєстраційні дії, обов'язково ідентифікуються. ***І оце усе судді КАС ВС визнали належними доказами, що мають преюдиціальну силу.*** В принципі, у вироках жодним чином конкретно не вказано, яку незаконну діяльність прикривали фігуранти, що є обов'язковою частиною диспозиції ст. 205 КК України, а також жодним чином не вказано, що усі господарські договори підписані неналежними особами та у неналежний спосіб. У вироках використовуються обтічні формулювання «дало змогу здійснювати незаконну діяльність», «надала можливість здійснювати незаконну діяльність», але це не означає, що така можливість використовувалася завжди, і взагалі незрозуміло, чи використовувалася хоча б іноді. Саме це і ставило перед адміністративними судами завдання досліджувати обставини здійснення конкретних операцій з конкретними контрагентами. Очевидно, що ці епізоди з прийняттям згаданих вироків Броварським судом та Вінницьким судом якнайкраще ілюструють реалізацію перекладання податкової відповідальності за порушення (реальні чи уявні) з одних суб'єктів на інші, як це показано на малюнках 1, 2.

Варто також зазначити, що у більш пізній Постанові КАС ВС (від 19.09.2018 р. у справі № 809/2438/15, адміністративне провадження № К/9901/55414/18²⁶) та ж сама колегія суддів, що приймала Постанову від 15.05.2018 р., вказала, що «сам факт наявності вироку, ухваленого на

²⁴ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67324123>

²⁵ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61631916>

²⁶ URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76613965>

підставі угоди у кримінальному провадженні, не дає підстав для автоматичного висновку про нереальність господарських операцій, внаслідок чого є нагальна необхідність перевіряти доведеність кожного податкового правопорушення і здійснювати комплексне дослідження усіх складових господарських операцій, з врахуванням обставин, встановлених вироком, який набрав законної сили, періоду часу, за який такі обставини встановлені, а також конкретної особи та наслідки її дій. Вирок, на який посилається податковий орган, як на аргумент фіктивності операцій позивача з контрагентом, винесений щодо ОСОБА_3, а не посадової особи позивача, **був відсутнім на момент проведення перевірки та прийняття спірного податкового повідомлення-рішення**, що унеможлиблює посилання на нього податковим органом».

Отже, залишається питання про те, чи був би КАС ВС врахований вирок, якщо б на момент проведення перевірки він би існував.

Отже, вирок за угодою про визнання винуватості може мати преюдиціальну силу для адміністративного провадження тільки за умови, якщо учасник цього адміністративного провадження підписав цю угоду про визнання винуватості, оскільки такий вирок може мати силу тільки для підписанта. В усіх інших випадках вирок не може мати жодної преюдиції для будь-якої особи, що не брала участь в підписанні угоди про визнання винуватості.

Якщо вирок за угодою про визнання винуватості породжує будь-які наслідки (преюдицію) для інших (третіх) осіб, тобто впливає на їх права, треті особи мають право оскаржити такий вирок на підставі ч. 2 ст. 24 КПК України. Особи, які в сумнівний спосіб стали фігурантами таких вироків чи до яких застосовані висновки таких вироків, повинні здійснювати таке оскарження.

Судова «реформа» 2016 року не принесла суб'єктам господарювання відчутного полегшення, а навпаки, у деяких аспектах погіршила їх становище. При цьому суб'єкти господарювання повинні усвідомити, що потрібно оскаржувати будь-які судові рішення, які можуть негативно відбитися на їх правах та інтересах. Відмова у праві на оскарження, як це відбулося у згаданих випадках з ТОВ «БК «Гарантбудінвест» та з ТОВ «Гарантбудімекс», буде свідчити про неправомірність застосування до такого скаржника такого вироку та доказом відсутності преюдиціальності відповідного рішення щодо прав та інтересів такого суб'єкта господарювання.

Belkin Leonid, Belkin Mark. Iurinetz Yulia. Establishment of tax liability in administrative proceedings: the role of sentence under the plea agreement

The limits prejudice of sentence under agreements on guilty pleas in tax disputes that are resolved in administrative proceedings are considered. The presumption is proved that it is impossible to recognize the prejudice of such sentences in such disputes, since these sentences even theoretically do not guarantee respect for the principle of legality and guarantees of truth, and in the conditions of the Ukrainian criminal process do not provide these guarantees with a nearly 100 percent probability.

An analysis of judicial practice, even of the Cassation Administrative Court, shows that despite the promised unity of judicial practice, this practice in tax disputes is falling apart into a series of contradictory judicial practices of individual judges. In particular, some judges unconditionally recognize the prejudicial verdicts on transactions in administrative proceedings.

However, at the conclusion of such transactions, there is a real danger of deviation from the principle of objective truth in the criminal process: self-contracting or stipulating to the suspect (accused) other persons in exchange for preferences for themselves.

By agreeing with the stipulation of other persons whose guilt cannot be proved without the testimony of the accused, or of persons who have not committed a crime at all, the suspect (accused) may obtain permission to confess to a less serious crime of the offenses that the person is accused of; permission to admit guilt on only one of several counts of the prosecution and receive, on behalf of the state, recommendations to the court for the imposition of a less severe punishment in sentencing – the use of an alternative punishment or its reduction.

Shows the practical fallacy of many sentences on transactions. At the same time, the cassation criminal court denies the prejudice of such sentences, and the administrative one – recognizes. Due to the peculiarities of judicial reform, it is impossible to reconcile such contradictions on the initiative of the side of administrative proceedings. Therefore, business entities should realize that it is necessary to challenge any court decisions that may adversely affect their rights and interests. The denial of the right to appeal will testify to the illegitimacy of applying such a sentence to such a complainant and proof of the lack of prejudice of the relevant decision regarding the rights and interests of such an enterprise.

Keywords: administrative procedure, criminal procedure, agreement on recognition of guilt, sentence on the basis of agreement on recognition of guilt, legality, prejudice, unity of judicial practice.

УДК 344.1

Особливості системи військових злочинів за кримінальним законом України

С. Я. Лихова,

доктор юридичних наук, професор
Навчально–наукового юридичного інституту
Національного авіаційного університету

А. Р. Цезар,

студентка
Навчально–наукового юридичного інституту
Національного авіаційного університету

Досліджене поняття військового злочину в кримінальному законодавстві України. Розглянуті підходи вчених до класифікації військових злочинів. Визначена роль видового об'єкта злочину в систематизації військових злочинів. Запропонована система військових злочинів, у основі якої – видовий об'єкт складів злочинів. Представлена класифікація груп військових злочинів, які входять до єдиної системи.

Ключові слова: *військовослужбовець (військовозобов'язаний), об'єкт злочину, система військових злочинів, місце служби, воєнна обстановка, військова таємниця.*

© Лихова Софія Яківна – доктор юридичних наук, професор Навчально-наукового юридичного інституту Національного авіаційного університету

© Цезар Анна Романівна – студентка Навчально-наукового юридичного інституту Національного авіаційного університету

Лиховая С. Я., Цезар А. Р. Особенности системы воинских преступлений по уголовному закону Украины

Исследуется понятие воинского преступления в уголовном законодательстве Украины. Рассмотрены подходы ученых к классификации воинских преступлений. Определена роль видового объекта преступления в систематизации военных преступлений. Предложена система воинских преступлений, в основе которой – видовой объект составов преступлений. Представлена классификация групп воинских преступлений, которые входят в единую систему.

Ключевые слова: *военнослужащий (военнообязанный), объект преступления, система воинских преступлений, место службы, военная обстановка, военная тайна.*

Lykhova Sofia, Tsezar Anna. Features of the system of war crimes under the criminal law of Ukraine

The article explores the concept of a war crime in the criminal legislation of Ukraine. The approaches of scientists to the classification of war crimes are considered. The role of a specific object of crime in the systematization of war crimes has been determined. The proposed system of war crimes, which is based on the specific object of the crime. A classification of groups of war crimes that are part of a single system is presented.

Keywords: *soldier (military service), object of crime, system of war crimes, place of service, military situation, military secret.*

В результаті вчинення злочинів, які законодавець відносить до військових і які останнім часом вчиняються з небезпечною регулярністю, спричинюється шкода як військовослужбовцям, так і мирному населенню. Окрім того, заподіюється не лише шкода життю та здоров'ю людей, а й значна майнова шкода людям і державі. Це призводить ще й до забруднення довкілля. Всі ці явища потребують належної кримінально-правової оцінки. Відносна стабільність законодавства, що регламентує кримінальну відповідальність за військові злочини, не означає, що у застосуванні норм про кримінальну відповідальність за ці злочини відсутні проблеми. В узагальненнях судової практики з цієї категорії справ зазначається, що застосування судами законодавства про відповідальність за військові злочини свідчить про наявність проблем, що виникають при кваліфікації протиправних дій, а їх неоднакове вирішення спричиняє судові помилки¹. І саме тому доцільним є розкриття системи військових злочинів із зазначенням особливостей видових об'єктів груп юридичних складів злочинів, що і утворюють цю систему.

¹ *Практика застосування судами законодавства про військові службові злочини: узагальнення Верховного Суду України від 01.01.2002. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n2002700-02>*

Дослідженню питання військових злочинів були присвячені праці багатьох учених, серед яких Х.М. Ахметшин, Ф.С. Бражник, В.О. Глушков, В.М. Кудрявцев, В.В. Лунєєв, І.П. Малахов, Є.В. Прокопович, Є.М. Самойлов, Н.А. Стручков, А.А. Тер-Акопов, А.А. Толкаченко, В.М. Чхиквадзе, К.Г. Фетисенко, М.І. Хавронюк та ін.

На нашу думку, родовим об'єктом цієї групи злочинів слід визначити військовий правопорядок. Проте в кожному конкретному юридичному складі злочину військовий правопорядок містить певні ознаки, котрі дозволяють виокремити та відмежувати один від одного юридичні склади військових злочинів. Зокрема, залежно від діяльності військовослужбовця можна виділити такі види військового правопорядку: порядок проходження військової служби, порядок збереження в цілості ввіреного військового майна, порядок експлуатації бойової техніки тощо. Крім того, військовий правопорядок може відрізнятися залежно від взаємовідносин військовослужбовців між ними та з начальством (порядок підпорядкування, порядок дотримання військової честі). Ще одним критерієм розмежування окремих різновидів військового правопорядку є обставини, за яких військовослужбовець виконує свої прямі обов'язки, тобто різновиди військового правопорядку відрізняються один від одного залежно від того, в мирний чи воєнний час здійснюється його дотримання. На це, зокрема, вказує той факт, що за злочини, вчинені в умовах воєнного стану, завжди передбачається підвищена відповідальність, у санкціях статей встановлюються більш суворі покарання. Це зумовлено підвищеним ступенем суспільної небезпечності діянь, учинених у зазначених особливих умовах воєнного стану, коли необхідні максимальна чіткість, стійкість та дисциплінованість усіх військовослужбовців².

Вирішення проблем об'єкта злочину передбачає відхід від традиційного поділу об'єктів на загальний, родовий та безпосередній та робить необхідним виділення видового об'єкта злочину³. Таким чином, військовий правопорядок як родовий об'єкт дозволяє нам класифікувати військові злочини на певні групи залежно від того, яким є видовий об'єкт окремих одновидових складів злочинів, які містяться в Розділі XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби» Особливої час-

² *Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини): навч. посіб. / Г.М. Анісімов, Ю.П. Дзюба, В.І. Касинюк та ін.; за ред. М.І. Панова. Харків: Право, 2011. С. 12.*

³ *Лихова С.Я., Топчий В.В. Особливості чотирьохчленної та трьохчленної системи об'єктів злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина (Розділ V Особливої частини КК України) // Держава і право. Спецвипуск. 2005. С. 214-219.*

тини КК України. При цьому варто враховувати особливості об'єктивної сторони (обстановка вчинення злочину, час, місце, спосіб, знаряддя) та суб'єкта злочину (військовослужбовець, який знаходиться в підлеглих; військовослужбовець строкової служби; прикордонник; водій бойової техніки; пілот військових літальних апаратів; військовослужбовець, який наділений певними службовими та владними повноваженнями у військовій сфері тощо).

На підставі вищезазначеного, власне, і будується система військових злочинів у КК України. Проаналізувавши наукові праці щодо системи злочинів⁴, вважаємо за доцільне запропонувати таку класифікацію військових злочинів за видовим об'єктом:

1. Злочини проти порядку підпорядкованості й дотримання військової честі.

У ст. 402-406 КК України передбачена кримінальна відповідальність за непокору, невиконання наказу, опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків, погрозу або насильство щодо начальника, порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями при відсутності відносин підлеглих. Видовим об'єктом цієї групи військових злочинів слід вважати порядок підпорядкованості та дотримання військової честі.

Основним принципом побудови Збройних Сил України, відповідно до ст. 28 Закону України від 24.03.1999 «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України», є принцип єдиноначальності, згідно з яким підлеглий зобов'язаний виконувати накази начальника. Згідно зі ст. 11 Статуту військовослужбовець повинен виявляти повагу до командирів (начальників) і старших, сприяти їм у підтримці порядку і дисципліни, суворо дотримуватися правил військової ввічливості і військової честі. Крім того, відповідно до ст. 36, 58, 59 та інших названого Статуту, командир (начальник) є єдиноначальником і особисто відповідає перед державою за постійну бойову та мобілізаційну готовність ввіреного йому військового підрозділу або частини, він має право віддавати накази підлеглим, які останні зобов'язані беззастережно і точно виконувати⁵.

⁴ *Практика застосування судами законодавства про військові службові злочини: узагальнення Верховного Суду України від 01.01.2002.* URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n2002700-02>; *Стратонов В.М.* Військові злочини: кримінально-правова, криміналістична та кримінологічна характеристика: колективна монографія / за заг. ред. В.М. Стратонова, Є.Л. Стрельцова. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2015. 340 с.; *Бугаєв В.А.* Військові злочини та покарання: дис... канд. юрид. наук. Одеса, 2003. 190 с.

⁵ *Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України:* Закон України від 24.03.1999 станом на 27.10.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/548-14>.

Одночасно з порядком підпорядкованості основу стабільної життєдіяльності військ становить порядок дотримання військової честі. Ці відносини у військах нерозривно пов'язані між собою. На всіх військовослужбовців без винятку покладається обов'язок дотримання законів, взаємоповаги і взаємоввічливості. Дотримання цих правил сприяє утвердженню в свідомості кожного воїна почуття своєї військової і громадянської гідності, зміцненню авторитету начальника, престижності військової служби. Крім того, взаємна повага честі і особистої гідності кожного військовослужбовця сприяє свідомому виконанню службових наказів начальників і в цілому позитивно позначається на згуртованості військових підрозділів і частин.

Таким чином, зазначені юридичні склади злочинів за характером їх суспільної небезпеки дуже близькі, посягають на практично одні й ті ж правові відносини, а тому їх не безпідставно об'єднують в одну групу за ознакою видового об'єкта.

2. Злочини проти порядку проходження військової служби (ухилення від військової служби).

Видовим об'єктом цієї групи військових злочинів є порядок проходження військової служби. Так, до групи злочинів за цим об'єктом варто віднести юридичні склади злочинів, закріплених у диспозиціях ст. 407-409 КК України, які передбачають кримінальну відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби, дезертирство та ухилення від військової служби шляхом самокалічення чи іншим способом.

Відповідно до Закону України від 25.03.1992 «Про загальний військовий обов'язок і військову службу» всі чоловіки-громадяни України незалежно від національної належності, соціального, майнового стану зобов'язані проходити військову службу. Право звільнення від військової служби мають лише особи, які страждають на захворювання, що не дозволяють їм виконувати військовий обов'язок, або яким релігійні переконання перешкоджають виконувати ці обов'язки. Крім того, передбачені й інші категорії громадян, яким надається відстрочка від призову або можливість проходження альтернативної служби⁶.

Вчинюючи злочини, юридичні склади яких передбачені диспозиціями зазначених вище статей, військовослужбовці порушують або окремі вимоги порядку проходження військової служби (знаходження за місцем дислокації військової частини, місцем відрядження або своєчасне при-

⁶ Про військовий обов'язок та військову службу: Закон України від 25.03.1992 станом на 27.10.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2232-12>.

буття з відпустки тощо), або обов'язок проходження служби в Збройних Силах України (наприклад, у разі дезертирства або самокалічення).

Саме схожість правових відносин, пов'язаних з чітко регульованим порядком проходження військової служби, і є підставою для об'єднання перерахованої групи юридичних складів злочинів у один підвид за ознакою видового об'єкта.

3. Злочини, що посягають на порядок користування військовим майном і технікою.

У ст. 410-413, 428 КК України передбачена кримінальна відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем; умисне знищення або пошкодження воєнного майна; необережне знищення або пошкодження військового майна; втрату військового майна і залишення гинучого військового корабля. Таким чином, видовим об'єктом цієї групи військових злочинів слід вважати врегульований спеціальним законодавством порядок користування військовим майном і технікою.

Всі матеріальні засоби, що перебувають на постачанні військових частин, кораблів і з'єднань, охоплюються загальним поняттям військового майна. Отже, військове майно відрізняється від іншого його приналежністю Збройним Силам України і в цій якості становить матеріальну основу бойової могутності Української армії і флоту⁷.

4. Злочини проти порядку поводження зі зброєю, небезпечними речовинами і предметами та експлуатації військової техніки.

Видовим об'єктом цієї групи військових злочинів є порядок поводження із засобами підвищеної небезпеки. Так, у ст. 414-417 КК України передбачена кримінальна відповідальність за порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення, порушення правил водіння або експлуатації машин, порушення правил польотів або підготовки до них, порушення правил кораблеводіння.

Порядок використання зброї, боєприпасів, різних військових машин у широкому сенсі слова являє собою складову військового правопорядку. Він регулюється нормативно-правовими актами (військовими статутами, інструкціями, відповідними керівництвами тощо) і охороняється від сус-

⁷ Бугаєв В.А. Цит. праця. С. 95-96.

пільно небезпечних посягань нормами кримінального законодавства щодо військових злочинів.

5. Злочини проти порядку несення спеціальних служб.

У ст. 418-421 КК України передбачена кримінальна відповідальність за порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання, порушення статутних правил несення прикордонної служби, порушення статутних правил несення бойового чергування, порушення статутних правил внутрішньої служби. Так, видовим об'єктом цієї групи злочинів є правовідносини, що регулюються статутними правилами несення військової служби.

Як видно з вищезазначеного, всі перераховані норми Особливої частини КК України передбачають відповідальність за порушення окремих спеціальних служб, що забезпечують нормальну життєдіяльність військ і чітке виконання ними своїх основних завдань по охороні та обороні миру в Україні. До цих служб, крім бойового чергування, належать: вартова (вахтова), конвойна і внутрішня служби, патрулювання в гарнізоні⁸, а також служба прикордонного наряду з охорони державного кордону України.

Зазначені види служб мають низку загальних рис. Всі вони спрямовані на забезпечення безпеки тих чи інших державних і військових об'єктів. Як правило, вони пов'язані з виконанням у мирний час бойових завдань і допускають використання в разі необхідності зброї і бойової техніки. Порядок несення спеціальних служб суворо регламентований відповідними правовими і нормативними актами.

6. Злочини проти порядку збереження військової таємниці.

Даний вид військових злочинів складається із однієї статті, яка передбачає кримінальну відповідальність за розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрату документів чи матеріалів, що містять такі відомості. Видовий об'єкт у цьому юридичному складі злочину (ст. 422 КК) за змістом суміжний зі складами злочинів, передбачених у диспозиціях ст. 328, 329 КК України, які передбачають відповідальність за розголошення державної таємниці та втрату документів, що містять державну таємницю⁹. Розмежовуються ці юридичні склади злочинів за їх предметом. Так, предметом юридичного складу злочину, передбаченого у диспозиції ст. 328 КК України, є інформація

⁸ Про Статут гарнізонної та вартової служби Збройних Сил України: Закон України від 24.03.1999 станом на 14.10.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/550-14>

⁹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 станом на 04.11.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки і охорони правопорядку, розголошення якої може завдати шкоди національній безпеці України і яка рішенням державних експертів з питань таємниць визнана державною таємницею та включена до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю¹⁰. Предметом же злочину, юридичний склад якого передбачений у диспозиції ст. 422 КК України, є відомості, документи, матеріали військового характеру, що становлять державну таємницю, а також предмети, відомості про які становлять державну таємницю¹¹.

7. Військові посадові злочини.

Видовим об'єктом цієї групи злочинів є управлінська діяльність у Збройних Силах України, а ст. 425-426-1 КК України передбачають кримінальну відповідальність за недбале ставлення до військової служби, бездіяльність військової влади, перевищення військовою посадовою особою влади або посадових повноважень.

Законна діяльність Збройних Сил України неможлива без чіткої роботи апарату військового управління військами і службами. Ця управлінська діяльність у Збройних Силах здійснюється відповідними посадовими особами. Використання свого службового становища всупереч інтересам служби, недбале ставлення до служби, бездіяльність влади, коли застосування влади необхідне, завдає шкоди військовому правопорядку і являє собою суспільну небезпеку, здатне підірвати боєздатність Збройних Сил, може призвести до значних матеріальних втрат та загибелі військовослужбовців і цивільних осіб¹².

8. Злочини проти порядку несення військової служби в бойовій обстановці та в районі воєнних дій.

Видовим об'єктом цієї групи злочинів слід вважати порядок несення військової служби в умовах бойової обстановки. У ст. 427, 429 і 432 КК України передбачена кримінальна відповідальність за здачу або залишення противнику засобів ведення війни, самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю і мародерство. Зрив виконання бойового завдання, здача зброї і бойової техніки противнику, залишення поля бою, відмова діяти зброєю ослаблює власні сили і зміцнює ворога. Мародерство

¹⁰ Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: Наказ Служби безпеки України від 17.08.2005 станом на 06.07.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0902-05>

¹¹ Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ.: ВД «Декор», 2018. С.1307-1308.

¹² Балух Д.С. Організаційно-правові засади управління військовою службою в Україні // Актуальні проблеми держави і права. 2010. С. 483.

в районі бойових дій морально розкладає війська, чим знижує їх бойову готовність. Таким чином, усі перелічені злочини призводять до серйозного ослаблення боєздатності військових підрозділів, частин та об'єднань, негативно впливають на моральний стан військовослужбовців та населення в районі влених дій¹³.

9. Добровільна здача в полон та злочини, що вчиняються в полоні.

У ст. 430 і 431 КК України передбачена кримінальна відповідальність за добровільну здачу в полон і злочинні дії військовослужбовця, який перебуває в полоні. Видовим об'єктом цих юридичних складів злочинів є порядок виконання військовослужбовцем, військового обов'язку в умовах полону. Загальними ознаками цих юридичних складів злочинів є злочинна поведінка військовослужбовця, що добровільно здався в полон і порушує там вимоги, що пред'являються до військовослужбовців. Відповідно до військового законодавства України військовослужбовці повинні самовіддано виконувати свій військовий обов'язок. Добровільна здача в полон і подальша злочинна поведінка там є не чим іншим, як ухиленням від виконання цього обов'язку.

10. Злочини проти законів та звичаїв війни.

У ст. 433-435 КК України передбачена відповідальність за насильство над населенням у районі воєнних дій, погане поводження з військовополоненими, незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею. Ці злочини посягають на загальноприйняті міжнародні норми ведення війни, які були закріплені Женевськими Конвенціями 1949 року «Про захист цивільного населення під час війни», «Про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях», «Про поводження з військовополоненими»¹⁴. Видовим об'єктом перерахованих юридичних складів злочинів є загальноприйняті норми ведення війни, які діють як на національному, так і на міжнародному рівнях, і саме тому їх доцільно об'єднати у одну групу.

Отже, визначення системи військових злочинів має важливе теоретичне і практичне значення, оскільки дає можливість не тільки впорядкувати їх як відносно чітку, логічно узгоджену систему, а й більш чітко і

¹³ *Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Грищук, А.В. Савченко [та ін.]; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 1008-1012.*

¹⁴ *Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 станом на 08.02.2006 http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154; Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12.08.1949 станом на 08.02.2006. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151; Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 станом на 08.02.2006. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153*

повно встановити найбільш суттєві риси, які їм притаманні і якими вони відрізняються одне від одного та від суміжних (невійськових) злочинів. Критерієм зазначеної класифікації системи є видовий об'єкт злочину, який відображає особливості суспільної небезпеки, зовнішніх та внутрішніх взаємозв'язків системи, фактичних та юридичних ознак злочинів, що утворюють саму систему.

Таким чином, система військових злочинів за видовим об'єктом злочину поділяється на десять груп. У системі військових злочинів виділяють такі групи: злочини проти порядку підпорядкованості й дотримання військової честі; злочини проти порядку проходження військової служби (ухилення від військової служби); злочини, що посягають на порядок користування військовим майном і технікою; злочини проти порядку поведіння зі зброєю, небезпечними речовинами і предметами та експлуатації військової техніки; злочини проти порядку несення спеціальних служб; злочини проти порядку збереження військової таємниці; військові посадові злочини; злочини проти порядку несення військової служби в бойовій обстановці і в районі воєнних дій; добровільна здача в полон та злочини, що вчиняються в полоні; злочини проти законів та звичаїв війни.

Lykhova Sofia, Tsezar Anna. Features of the system of war crimes under the criminal law of Ukraine

As a result of committing crimes that the legislator attaches to the military, and who have recently been subjected to dangerous regularity, the damage is caused both to servicemen and to the peaceful population. In addition, not only damage to people's lives and health, but also significant property damage to people and the state. All these phenomena require a proper criminal evaluation. The relative stability of the legislation governing criminal liability for war crimes does not mean that there are no problems in applying the rules on criminal liability for these crimes. In the generalization of judicial practice in this category of cases it is noted that the practice of using the courts of legislation on liability for war crimes indicates that there are problems arising from the qualification of unlawful actions, and their unequal solution leads to judicial mistakes. And this is why it is expedient to open a system of war crimes, indicating the particularities of groups of legal structures of crimes that form this system.

In our opinion, the generic object of this group of crimes should be defined military law and order. However, in each specific legal structure of the crime, military law and order contains certain features that allow one to separate the legal composition of war crimes. In particular, depending on the activity of the military, one can distinguish the following types of military law and order: the procedure for military service, the order of preservation in the integrity of the entrenched military property, the order of exploitation of military equipment, etc. In addition, military

law and order may vary depending on the relationship between servicemen among themselves and with the superiors (the order of subordination, the order of observance of military honor). Another criterion for distinguishing certain types of military law is the circumstances in which the serviceman performs his direct duties, that is, the varieties of military law differ from each other depending on whether his compliance is observed in peacetime or in war. This, in particular, indicates the fact that for crimes committed in a state of martial law, it is always foreseen increased responsibility, sanctions of the articles impose more severe punishment. This is due to the increased degree of social danger of acts committed in the specified special conditions of martial law, when necessary maximum clarity, stability and discipline of all servicemen.

Solving the problem of the object of the crime involves moving away from the traditional division of objects into generic, generic and immediate, and makes it necessary to distinguish the specific object of the crime. Thus, the military rule of law as a generic object allows us to classify war crimes against certain groups depending on the species of the individual single-species composition of the crimes contained in Section XIX «Crimes against the established order of military service» of the Special Part Criminal Code of Ukraine. In this case, it is necessary to take into account the features of the objective side (the situation of the crime, time, place, method, means) and the subject of the crime (a serviceman who is in subordination, a serviceman of emergency service, a border guard, a military vehicle driver, a pilot of military aircraft ; a serviceman who is endowed with certain military and military powers in the military sphere, etc.). On the basis of the aforementioned, in fact, the system of war crimes in the Criminal Code of Ukraine is under construction.

The definition of a system of war crimes has an important theoretical and practical significance, since it enables them not only to organize them as a relatively clear, logically coordinated system, but also to more clearly and fully establish the most significant features that are inherent to them and which they differ from each other and from adjacent (non-military) crimes.

Keywords: soldier (military service), object of crime, system of war crimes, place of service, military situation, military secret.

УДК 347.919.7

Заборона втручання в правову позицію адвоката як гарантія адвокатської діяльності

Н. С. Горбань,

кандидат юридичних наук, асистент кафедри
нотаріального та виконавчого процесу й адвокатури
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

Досліджено стан законодавчого врегулювання поняття «правова позиція адвоката». Узагальнено наукові погляди щодо його визначення. Викладено взаємозв'язок незалежності адвокатури та гарантій адвокатської діяльності – забороняється втручання у правову позицію адвоката. Розглядаються наслідки втручання в правову позицію адвоката. Запропоновано напрями наукових досліджень щодо удосконалення гарантій адвокатської діяльності.

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, гарантії адвокатської діяльності, правова позиція адвоката, втручання в правову позицію адвоката

Горбань Н. С. Запрет вмешательства в правовую позицию адвоката как гарантия адвокатской деятельности

Исследовано состояние законодательного урегулирования понятия «правовая позиция адвоката». Обобщены научные взгляды относительно его определения. Изложены взаимосвязь независимости адвокатуры и гарантий адвокатской деятельности – запрещается вмешательство в правовую позицию адвоката. Рассмотрены последствия вмешательства в правовую позицию адвоката. Предложены направления научных исследований по совершенствованию гарантий адвокатской деятельности.

Ключевые слова: адвокат, адвокатская деятельность, гарантии адвокатской деятельности, правовая позиция адвоката, вмешательство в правовую позицию адвоката.

Horban Nataliia. Prohibition to interfere with the lawyer's legal stand as a guarantee of advisory activity

The paper analyzes the state of legislative regulation of «legal stand of the lawyer» concept. The academic views on its definition are generalized. Interdependence of the lawyer's independence and the guarantee of advocacy is reviewed. The interference with the lawyer's position is prohibited. The consequences of interference with the legal stand

© Горбань Наталія Сергіївна – кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу й адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

of an attorney are considered. Further research on development of advocacy guarantees is suggested.

Keywords: lawyer, advocacy, advocacy guarantees, lawyer's legal stand, interference with lawyer's legal stand.

Гарантії адвокатської діяльності (далі – гарантії) є предметом посиленої уваги не тільки адвокатів, а й представників усіх гілок влади – законодавчої, виконавчої та судової.

Активна дискусія щодо гарантій адвокатської діяльності ведеться законотворцями при обговоренні законопроектів «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», якими пропонується внесення змін до відповідних положень.

Обговорення на рівні виконавчої влади пов'язані із внесенням змін до Конституції України щодо правосуддя, якими передбачається представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування у судах виключно прокурорами або адвокатами з 1 січня 2020 року.

Практично жоден судовий процес не проходить без участі адвоката. При розгляді судових справ, де предмет розгляду пов'язаний із гарантіями адвокатської діяльності, чи у випадку необхідності надати оцінку поведінці адвоката в судовому процесі крізь призму гарантій їх прав, представники судової влади – судді стикаються із практичними аспектами їх реалізації.

Науковці та дослідники, серед них адвокати, прокурори, народні депутати, судді також не стоять осторонь обговорення проблематики гарантій адвокатської діяльності, бо критична ситуація щодо їх дотримання та реалізації в Україні спонукає до цього. Практично всі дослідження, присвячені адвокатурі, опосередковано пов'язані з гарантіями. Н.М. Бакаянова¹, Т.Б. Вільчик², С.О. Іваницький³, В.В. Заборовський⁴, П.В. Хотенець⁵ досліджували їх як невід'ємну складову правового статусу адвоката. О.Г. Яновська приділила увагу правовим гарантіям діяль-

¹ Бакаянова Н.М. Функціональні та організаційні основи адвокатури України: дис. ... докт. юрид. наук. Одеса, 2017. 487 с.

² Вільчик Т.Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського союзу та України: дис. докт. юрид. наук. Харків, 2016. 490 с.

³ Іваницький С.О. Теоретичні основи організації адвокатури в Україні: принципи та система: дис. ... докт. юрид. наук: Київ, 2017. 556 с.

⁴ Заборовський В.В. Правовий статус адвоката в умовах становлення громадянського суспільства та правової держави в Україні: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2018. 40 с.

⁵ Хотенець П.В. Правовий статус адвоката в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2001. 206 с.

ності адвоката – захисника у кримінальному процесі⁶. Запропонована нею концепція дістала подальший розвиток у працях С.Л. Савицької⁷, О.С. Старенького⁸, М.М. Погорецького⁹. Аналіз правового регулювання гарантій професійної діяльності адвоката на міжнародному та національному рівні міститься у монографії А.М. Бірюкової¹⁰. Новим напрямом є дослідження гарантій адвокатської діяльності в Європейському суді з прав людини¹¹.

Враховуючи наукові напрями дослідження гарантій, відповідні публікації у фахових виданнях, вибір теми даної статті був зроблений на основі Звіту про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні 2013-2018 рр.¹² У ньому зазначається, що найбільша кількість порушень гарантій пов'язана із втручанням і перешкоджанням здійсненню адвокатської діяльності, а саме із втручанням в правову позицію адвоката (за даним порушенням показники зросли з 2013 по 2018 рік у сім разів).

Незалежність адвоката і свобода адвоката щодо ведення справи – один із основних принципів, які передбачені Хартією основних принципів європейської професії ССВЕ. В офіційному коментарі до Хартії зазначається, що однією з характерних рис нерозвинених демократій є намагання держави, відкрито або приховано, контролювати професію і діяльність адвокатів. Рада адвокатських та правничих товариств Європи (ССВЕ) переконана, що без гарантій незалежності адвокати не зможуть виконувати свою професійну і юридичну роль¹³.

⁶ Яновська О.Г. Правові гарантії діяльності адвоката - захисника в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 1997. 19 с.

⁷ Савицька С.Л. Кримінально-процесуальні гарантії діяльності адвоката: автореф. дис... канд. юрид. наук. Київ, 2013. 18 с.

⁸ Старенький О.С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: автореф. дис... канд. юрид. наук. Київ, 2016. 20 с.

⁹ Погорецький М.М. Кримінальні процесуальні гарантії адвокатської таємниці у досудовому розслідуванні: автореф. дис... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 20 с.

¹⁰ Бірювока А.М. Адвокатура України в умовах глобалізації: монографія. Київ: Алерта, 2018. 424 с.

¹¹ Чарікова К.Ю. Гарантії адвокатської діяльності в Європейському Суді з прав людини. Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє: матер VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 листопада 2018 р.) / редкол.: Н.М. Баканова (голова) та ін. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 810-813.

¹² Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні 2013-2018. URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB\(1\).pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB(1).pdf).

¹³ Хартія основних принципів європейської адвокатської професії від 25 листопада 2006 року. URL: http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya_brenduvannya.pdf.

Україна як правова, демократична держава на конституційному рівні гарантує кожному право на професійну правничу допомогу, яка надається незалежною адвокатурою. Визначаючи взаємовідносини держави і адвокатури, законодавець у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначив, що адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб. Держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності. Однак, як показує практика, саме держава, в особі органів правопорядку, судових органів, прокуратури втручається у діяльність адвокатів та здійснює на них тиск. З одного боку, з метою змусити адвоката змінити чи взагалі відмовитися від правової позиції, яка сформована ним у конкретному процесі, або для створення умов, коли участь адвоката у процесі не є можливою.

Обмеження свободи адвокатської діяльності та порушення прав адвокатів є порушенням норм міжнародного права і відходом від основних цінностей (визнаних як на загальносвітовому, так і європейському рівнях). Ця проблема не може розглядатися виключно в контексті «процесуального протистояння» адвокатів і представників влади, оскільки зачіпає саму суть міжнародної системи права і світоглядні основи сучасного суспільства¹⁴.

Оцінюючи результати й умови здійснення діяльності адвокатами в сучасній Україні, прикро усвідомлювати, що незалежність адвокатури має лише декларативний характер. До такого висновку, на нашу думку, підводять результати опитування адвокатів, яке проводили учасники програми «Адвокат Майбутнього» на предмет незалежності адвоката в професійній діяльності та професійних асоціаціях. Серед відповідей на питання: «Які проблеми чи загрози незалежності адвоката у професійній діяльності, на Вашу думку, існують?» є такі:

– «Зовнішні: спроба підпорядкувати собі адвокатуру; спроба тиску на адвокатів; погрози, застосування насильства, пошкодження майна; відкриття кримінальних проваджень; незаконні обшуки та виїмки з метою здобуття доказів вини клієнта; сліпе слідування завданням та вказівкам клієнта, коли його вимоги протизаконні чи явно не відповідають законодавству та практиці застосування. Внутрішні: розбрат та відсутність єдиної позиції; відсутність традицій; нерозуміння ролі та значення адвокатури; потрапляння в адвокатуру випадкових людей із низьким рівнем знань та практичних навичок; хабарництво під час доступу до професії; практи-

¹⁴ *Беззахисні захисники. Дослідження порушень прав та гарантій адвокатів в Україні 2016/березень 2018.* URL: <http://online.flipbuilder.com/jhmm/fipp/mobile/index.html>.

ка посередництва у хабарництві при веденні справ; відсутність самовдосконалення, підвищення кваліфікації; клановість та боротьба за посади в ОАС; тиск та репресії інакомислячих та тих, хто критикує; відсутність прозорості у діяльності ОМС; застаріла система допуску до професії; відсутність реальної системи контролю якості; прийняття рішень та ведення справи не на користь клієнта, а щоби не посваритися із суддею/прокурором/поліцейським»;

– Адвокат має бути впевнений, що його не притягнуть до кримінальної чи іншої відповідальності або не буде погроз їх застосування у зв'язку з наданням ним правової допомоги, здійсненням захисту та представництва згідно із законом. Адвокат має бути належним чином захищений від втручання в його професійну діяльність, у тому числі з боку органів адвокатського самоврядування. Орган адвокатського самоврядування повинен спрямовувати свою діяльність на дотримання гарантій незалежності адвокатів, забезпечення надання правової допомоги на високому професійному рівні, формування кваліфікованої адвокатури, захист корпоративних прав адвокатів¹⁵.

Формуючи правову позицію у справі, адвокат має керуватися принципом незалежності, що передбачає його свободу від будь-якого зовнішнього впливу, тиску чи втручання в його діяльність з надання професійної правничої (правової) допомоги, здійснення захисту або представництва клієнта, зокрема з боку державних органів, політичних партій, інших адвокатів тощо, а також від впливу своїх особистих інтересів.

У Правилах професійної етики зазначається, що з метою дотримання цього принципу в своїй професійній діяльності адвокат зобов'язаний протистояти будь-яким спробам посягання на його незалежність, бути мужнім і принциповим у виконанні своїх професійних обов'язків, відстоюванні професійних прав, гарантій адвокатської діяльності та їх ефективному використанні в інтересах клієнта¹⁶.

Пропонуємо розглянути, що являє собою правова позиція адвоката, чому втручання у правову позицію є недопустимим та до яких наслідків це призводить.

¹⁵ Опитування адвокатів Програми «Адвокат Майбутнього» на тему: «Незалежність адвоката у професійній діяльності та професійних асоціаціях», 16 липня 2018 року. URL: http://tomorrowlawyer.org/wp-content/uploads/2017/11/Опитування-незалежність-адвоката-16_07_2018.pdf.

¹⁶ *Правила* адвокатської етики. Затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року «09» червня 2017 року. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf. 1

Правова позиція – це феномен правосвідомості, що виступає результатом суб'єктивно-оціночної розумової діяльності. На думку І.В. Шульги, знання про правову дійсність, індивідуальна оцінка цієї дійсності «у вигляді зовні вираженої, об'єднаної загальною ідеєю системи мотивованих суджень» та «переконаність у правильності власних висновків» є складовими елементами правової позиції¹⁷. Тобто правова позиція адвоката формується не тільки на основі знань, умінь, навичок, а насамперед із власної переконаності у своїй компетентності сформулювати висновки та оцінку дійсності, які мають визначальне значення для справи.

Правова позиція – це результат оцінки фактів, станів із боку суб'єктів правовідносин на основі їхнього внутрішнього переконання. При цьому переконанням суб'єкта є його внутрішній психічний стан, який виражається у мотивуючому ставленні до правильності, істинності прийнятого рішення в процесі оцінки об'єкта (ситуації, дії, акту)¹⁸. Отже, внутрішнє переконання має велике значення для формування правової позиції адвоката, хоча про це в законодавстві не зазначається.

Процесуальним законодавством передбачено застосування терміна «внутрішнє переконання», хоча відсутнє його законодавче визначення. Так, згідно зі статтею 80 ЦПК суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання питання про достатність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи.

КПК містить положення: «Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів - з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення» (ст. 94).

Отже, можна зазначити тісний взаємозв'язок між правовою позицією адвоката та доказами по справі. Щоб сформована адвокатом правова позиція забезпечила належне представництво чи захист клієнта у справі, докази, на підставі яких вона сформована та які в подальшому подаються адвокатом до відповідних органів, мають відповідати вимогам, що зазначені вище.

¹⁷ Шульга І.В. Понятие и виды правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации (вопросы теории): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2016. С. 14.

¹⁸ Бляхман Б.Я. Формирование правовых позиций в процессе судебного правоприменения // Вестник Омского университета. 2009. № 4. С. 75-76.

Відповідно А.В. Гринькова вважає «під правовою позицією загалом слід розуміти оцінку правової реальності, систему правових аргументів, що лежать в основі законотворчої, судової та іншої правозастосовної діяльності»¹⁹.

Для оцінки поняття правова позиція адвоката цінним є підхід В.Г. Степанкова, який виділяє ознаки останньої як загальнотеоретичної категорії: а) її об'єктом виступає право; б) її мета – довести іншим суб'єктам достовірність та об'єктивність висновків; в) вона вважається важливою умовою саморозвитку права та його самоорганізації; г) вона є джерелом правотворчої та правозастосовної діяльності²⁰.

Отже, врахувавши загальнотеоретичні підходи та специфіку адвокатської діяльності, серед елементів поняття «правова позиція адвоката» можна виділити такі:

- а) підсумок розумової діяльності адвоката, в основі якої – відповідний рівень правосвідомості адвоката;
- б) використання знань, досвіду, компетентності та практики адвоката;
- в) відображення оцінки правовідносин і уявлення про їхнє належне регулювання;
- г) оцінка доказів за власним переконанням;
- д) виникає у вигляді системи зовні виражених суджень, об'єднаних загальним принципом (ідеєю).

Отже, правова позиція адвоката – це загальна ідея, яка є підставою для правового рішення, яке адвокат узгоджує із своїм клієнтом при укладенні договірних відносин. Вона є результатом інтелектуально-оцінювальної діяльності адвоката та виражається в аргументації (системі аргументів) правової поведінки адвоката в процесі. Базується на основі знань, вмінь, компетентності та оцінці наданих йому доказів. Правова позиція адвоката впливає та визначає умови реалізації ним зобов'язань за договором про правову допомогу, укладеним між адвокатом та клієнтом..

Втручання в правову позицію адвоката слід розцінювати не тільки як правопорушення, за яке передбачена відповідальність винної особи (ст. 397 КК). Його також слід розцінювати як незаконне втручання у договірні відносини адвоката із клієнтом, створення своєрідного «форс-мажору» як «...зовнішньої обставини, яку, як правило, не можна передбачити в момент виникнення зобов'язання, запобігти її виникненню та не

¹⁹ Гриньова А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01. Москва, 2008. С. 14-15.

²⁰ Степанков В.Г. Правовая позиция: общетеоретические и прикладные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 2003. С. 38-45.

можна уникнути, або ж попередити її наслідки, не зв'язана з винними діями сторін і призводить до неможливості виконання зобов'язань»²¹. Адже адвокат, зазнаючи втручання в правову позицію, не може виконувати покладені на нього зобов'язання на умовах, визначених у договорі про правову допомогу. Таке втручання для адвоката має ще один негативний наслідок: законодавством не передбачена як умова звільнення адвоката від відповідальності за неналежне виконання договірних зобов'язань у зв'язку із встановленням факту втручання в діяльність захисника та факту втручання в його правову позицію.

Отже, наслідки порушення зазначеної гарантії впливають на права та обов'язки адвоката та клієнта, умови виконання зобов'язань адвокатом та створюють підстави для виникнення нових правовідносин як між адвокатом та клієнтом, так і між адвокатом та особами, що вчинили втручання в правову позицію адвоката. Тому доцільно при укладанні договору із клієнтом обговорювати як одну із обставин звільнення адвоката від відповідальності за невиконання умов договору втручання в його правову позицію.

Відтак рамки незалежності адвокатури, в тому розумінні, як визначено в Конституції України, законодавством не визначено. І кожен тлумачить їх на свій розсуд. Тому зростає кількість звернень адвокатів з повідомленнями про факти, коли з метою впливу на правову позицію адвоката надходять безпідставні скарги від представників правоохоронних чи судових органів для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Як зазначають адвокати, «часто лунають погрози, що буде відповідне звернення, хоча підставою є лише те, що адвокат не погоджується з позицією прокурора або суду»²².

Також до кола суб'єктів, з якими пов'язані відповідні порушення гарантій адвокатської діяльності, входять органи адвокатського самоврядування, призначення яких в іншому - відстоювати незалежність адвокатури, захищати права адвокатів та сприяти реалізації гарантій адвокатської діяльності.

Порушення прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності безпосередньо впливає на порушення прав клієнтів адвоката. Участь адвоката в процесі та його правова позиція, якщо вони зазнають втручання та

²¹ Цивільне право України: курс лекцій. У 6 т. / Р.Б. Шишка, Л.В. Красицька, В.В. Сергієнко, О.І. Смотров, Є.О. Мічурін, О.Р. Шишка ; за ред. Р.Б. Шишки. Харків: Еспада, 2005. Т. V. Кн. 1: Загальні положення зобов'язального права. С. 201.

²² Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні 2013-2018. URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB\(1\).pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB(1).pdf)

впливу, нівелюються. Саме тому виникає необхідність удосконалення механізмів гарантування особистої безпеки адвокатів у зв'язку із виконанням професійних обов'язків; недопущення будь-якого втручання в правомірну адвокатську діяльність; недопущення втручання в його правову позицію по справі.

Horban Nataliia. Prohibition to interfere with the lawyer's legal stand as a guarantee of advisory activity

The research into guarantees of advocacy is done by academics, researchers, including lawyers, prosecutors, deputies of the Verkhovna Rada of Ukraine, judges. They can not stand aside the discussion of the issues of the guarantees as in the current context the situation on their observance in Ukraine is critical.

The biggest number of violations of the guaranty relates to interference with, and the impediment of, advocacy, in particular to interference with the legal stand of a lawyer. Thus, as of Q1 2018, according to the Report on the Violation of the Rights of Attorneys and Attorneys' Guarantees in Ukraine, 6 cases were registered.

By consolidating at the legislative level all-European standards on the profession of lawyer, unfortunately, the state, by its law enforcement agencies, judicial authorities, the prosecutor's office intervenes in the activities of lawyers and puts pressure on them. On the one hand, in order to force a lawyer to change or even to abandon the legal stand that he formed in a particular case or to create conditions where the participation of a lawyer ceases to be possible at all.

Assessing the results and conditions of the activity of lawyers in modern Ukraine, it's a shame to realize that the advocacy independence is only declarative. The results of the lawyers' survey conducted by the Lawyer of the Future program on the independence of the lawyer in professional activities and professional associations bring us to such a conclusion.

In forming a legal stand in a case, the lawyer should be guided by the principle of independence, which implies his freedom from any external influence, pressure or interference in his activities to provide professional legal assistance, the protection or representation of the client, in particular from the state authorities, political parties, other lawyers, etc., as well as from the influence of their personal interests.

The legal stand of a lawyer is formed not only on the basis of knowledge, skills, and, above all, out of his own confidence in his competence to formulate conclusions that are crucial to the case and provide an impartial assessment of reality.

Internal confidence is also important for the formation of a legal stand of a lawyer, although this is not provided for by a law. The procedural law provides for the use of the term «internal confidence», although it lacks its legal definition.

It should be noted that there is a close relationship between the legal stand of the lawyer and the evidence in the case. To ensure that a legal stand formed by a lawyer ensures the proper representation or defense of the client in the case, the evidence on the basis of which it is formed and subsequently filed by a lawyer to the relevant authorities must comply with the requirements specified in the procedural law.

Interference with the legal position of a lawyer should be regarded not only as an offense for which the breaching party is accountable (Article 397 of the Criminal

Code). It should also be regarded as unlawful interference with the client's contractual relationship with a lawyer. After all, in the event of interference with the legal stand, the lawyer can not fulfill his/her obligations under the conditions specified in the legal aid agreement. Such an intervention for a lawyer has many negative consequences. First of all, this is a harm to the client due to lack of necessary legal assistance. The damage affects the business reputation of a lawyer, his/her property status. Legislation does not provide for a condition for lifting of a lawyer from responsibility for improper performance of contractual obligations in relation with the establishment of the fact of interference in the activities of the counsel and the fact of interference with his legal stand. Therefore, it is advisable, when drafting a contract with a client, to discuss as one of the circumstances the lifting of a lawyer's responsibility for failure to comply with the terms of the contract due to interference with the legal stand of a lawyer.

Keywords: lawyer, advocacy, advocacy guarantees, lawyer's legal stand, interference with lawyer's legal stand.

УДК 343.2(343.9)

Жіноча злочинність: особливості та тенденції розвитку в Україні

В. Н. Кубальський,
кандидат юридичних наук, доцент

В. О. Момотюк,
студентка 3-го курсу
Навчально-наукового юридичного інституту
Національного авіаційного університету

Розглянуто явище жіночої злочинності, виявлено її специфіку та основні тенденції розвитку в Україні. Надано характеристику найбільш типовим злочинам, які вчиняють жінки, та визначено сфери, в яких вони вчиняються. Зосереджено увагу на особливостях і труднощах процесу ресоціалізації жінок, які порушили закон.

Ключові слова: жіноча злочинність, ресоціалізація засуджених жінок, сфери жіночої злочинності, жіночий рецидивізм.

Кубальский В. Н., Момотюк В. А. Женская преступность: особенности и тенденции развития в Украине

Рассмотрено явление женской преступности, выявлена ее специфика и основные тенденции развития в Украине. Дается характеристика наиболее типичных преступлений, которые совершают женщины, определены сферы, в которых они совершаются. Сосредоточено внимание на особенностях и трудностях процесса ресоциализации женщин, которые нарушили закон.

Ключевые слова: женская преступность, ресоциализация осужденных женщин, сферы женской преступности, женский рецидивизм.

Kubalskiy Vladyslav, Momotiuk Veronika. The features and key development trends of female crime in Ukraine

The article considers the phenomenon of female crime, revealed its specificity and key development trends in Ukraine. A characteristic of the most common crimes committed by women, identified areas in which they occur. Focused attention on the characteristics and difficulties encountered in resocialization of women who have broken the law.

Keywords: female crime, re-socialization of women convicts, the scope of female criminality, female recidivism.

© Кубальський Владислав Нарцизович – кандидат юридичних наук, доцент

© Момотюк Вероніка Олександрівна – студентка 3-го курсу Навчально-наукового юридичного інституту Національного авіаційного університету

В останні роки в Україні існує тенденція зростання загальної кількості кримінальних злочинів, серед яких значне місце посідає відсоток злочинів, учинених жінками. Злочинність жінок відрізняється від злочинності чоловіків своїми масштабами, характером злочинів та їх наслідками, засобами та знаряддями здійснення, сферою, в якій вони мають місце, роллю, яку виконують жінки, вибором жертви злочинного посягання, впливом на правопорушення сімейно-побутових чи супутніх обставин тощо. Жінка є берегинею домашнього вогнища, саме вона впливає на поведінку чоловіка та виховання дітей, переважно вона визначає відносини в родині. Тому без перебільшення можна сказати, що залучення жінки до злочинної діяльності та поширеність жіночої злочинності впливає на моральний стан суспільства суттєвіше, ніж поширення чоловічої злочинності. Саме тому можна погодитися із думкою про те, що показник злочинності серед жінок є своєрідним індикатором здоров'я суспільного життя¹. Тому дослідження даної проблеми є актуальним та потребує уваги з боку суспільства.

Дослідження проблематики жіночої злочинності висвітлювались у роботах Ю.М. Антоняна, В.А. Бадири, А.А. Габіані, В.В. Голіни, Я.І. Гілинського, Н.В. Дибовської, І.М. Даньшина, А.І. Долгової, А.К. Звірбуль, Н.Ф. Кузнецової, В.О. Меркулової, В.А. Серебрякової, І.К. Туркевич, В.В. Федусик, Д.А. Шестакова та ін.

Незважаючи на те, що дослідженням жіночої злочинності займалися чимало науковців, ще залишається низка невирішених питань у даній тематиці, оскільки на даному етапі її вивчення злочинність серед жінок вважається чимось вторинним щодо злочинності серед чоловіків.

Стан жіночої злочинності значною мірою є показником морального здоров'я суспільства, індикатором його духовності, ставлення до основних людських цінностей. Злочинність жінок нині тісно пов'язана із загальною злочинністю, особливо неповнолітніх. Утім вона має певні особливості, які визначаються соціально-психологічними й біологічними характеристиками жінок. Жіноча злочинність має свої кількісні показники, особливості структури і видів злочинів, способи й знаряддя їх вчинення тощо. Отже, жіноча злочинність – це сукупність злочинів, що вчиняються особами жіночої статі на певній території за певний проміжок часу.

В Україні спостерігається збільшення кількості злочинів, учинених жінками: за останні десять років вони зросли удвічі. Зросла і їх частка у

¹ *Надьон О.В.* Жіноча злочинність: деякі особливості розслідування справ. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/1111/%CD>

загальній злочинності. Співвідношення жіночої і чоловічої злочинності нині становить 1:7².

Жіноча злочинність відрізняється від чоловічої деякими якісними показниками. Можна назвати дві сфери суспільного життя, де жіноча кримінальна активність виявляється найчіткіше. По-перше, це сфера побуту, де жінок штовхають на вчинення злочину негативні обставини сімейно-шлюбних, родинних і сусідських стосунків. У цій сфері жінки здебільшого вчиняють такі насильницькі злочини: вбивство, у тому числі своєї новонародженої дитини, нанесення тілесних ушкоджень і хуліганство. По-друге, це сфера, де жінка виконує свої професійні функції, передусім такі, які пов'язані з можливістю вільного доступу до матеріальних цінностей. Це насамперед сфери торгівлі, громадського харчування, медицини, освіти, банківська сфера, легка промисловість тощо. Жінки найчастіше вчиняють корисливі злочини: розкрадання майна шляхом крадіжки, привласнення, розтрати або зловживання посадовим становищем, обман покупців, хабарництво та ін. Зростає і число крадіжок особистого майна та шахрайств³.

Вважаємо за потрібне детальніше зупинитися на сімейно-побутовій сфері, яка є традиційно «жіночою». У дослідженні Д. Шестакова, яке ґрунтувалося на вибірковому вивченні кримінальних справ і результатах опитування осіб, які відбували покарання за злочини, вчинені у сімейній сфері, докладно розглянуті соціальні та психологічні особливості осіб чоловічої та жіночої статі, котрі брали участь у сімейних конфліктах. Виявилось, що у підгрупі жінок-чоловіковбивць (8 % злочинів від кількості вчинених вбивств у сім'ї) реаліями сімейного життя були: недостатня забезпеченість чоловіка грошима (75 %); пияцтво чоловіка (44 %); житлова невлаштованість (28 %); перевага зарплати дружини над зарплатою чоловіка (22 %); розбіжності у поглядах подружжя щодо розподілу домашніх обов'язків (19 %); недостатня авторитарність чоловіка (5-16 %) ⁴. Отже, у жіночій насильницькій злочинності на побутовому ґрунті особливу роль відіграють соціально- економічні та психологічні чинники.

Серед мотивів вбивства жінками своїх чоловіків слід назвати самоствердження (33 % осіб), прагнення позбутися турбот (32 %), намагання

² Статистика МВС: стан та структура злочинності в Україні за 2005-2017 рр. URL: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/index>

³ Блага А.Б. Про жіночу злочинність // Право України. 1999. № 9. С. 88.

⁴ Бова А.А. Кримінологія гендера: дослідження подружнього насильства // Український соціум. 2004. №2 (4). С. 15.

перешкодити залишенню сім'ї (19 %), ревності (14 %), користь (2 % жінок, які вбили своїх чоловіків)⁵.

На тенденції підвищення агресивності та криміногенно-небезпечних дій жінки у сімейно- побутових конфліктах наголошується у роботі Л. Крижни: «За результатами вивчення кримінальних справ питома вага осіб жіночої статі, які вчинили злочини у сфері сімейно-побутових відносин зросла за останні роки більше ніж удвічі»⁶. Цікаво, що завчасно продуманий характер мають 60 % убивств, учинених жінками, і лише 40 %, – чоловіками. Отже, слід визнати відносно більшу латентність злочинів, які вчинені дружинами проти своїх чоловіків⁷.

Згідно зі статистичними даними Департаменту інформаційних технологій МВС України, можна дійти таких висновків щодо особливостей характеру та структури жіночої злочинності: переважна більшість жінок-злочинців мешкають у містах (приблизно 3/4). У сільській місцевості ними найчастіше вчиняються крадіжки. Жінки, що входять до змішаних злочинних груп, як правило, посідають у них другорядне становище. Вони виконують ролі, пов'язані з переховуванням злочинців, знярядь і засобів вчинення злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом, можуть бути особами, що «наводять» чи відвертають увагу потерпілих. Останнім часом число жінок у змішаних групах має тенденцію до зростання, причому їх роль стає вагомішою, а подекуди і вирішальною (скажімо, жінка – організатор зґвалтування, розбійного нападу, шахрайства або крадіжки)⁸.

Щодо корисливо-насильницьких злочинів (вбивства з корисливих мотивів, грабежі, розбійні напади), то вони, хоча не характерні у суто жіночому виконанні, але їх кількість останнім часом збільшується. Причому спостерігається їх вчинення з особливою агресивністю та жорстокістю.

Також, у зв'язку зі значним поширенням проституції і загальним падінням моралі, зросла кількість таких злочинів, як зараження іншої особи венеричною хворобою, у т. ч. ВІЛ/СНІД і вбивство своєї матір'ю новонародженої дитини. Варто зазначити, що у Кримінальному кодексі України передбачений тільки один склад злочину (ст. 117), спеціальним

⁵ *Преступность среди социальных подсистем. Новая концепция и отрасли криминологии* / Горшенков Г.Н., Кабанов П.А., Касторский Г.Л. и др.; под ред. докт. юрид. наук, профессора Д.А. Шестакова. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. С. 37.

⁶ *Крижна Л.В.* Попередження злочинів, що вчинюються у сфері сімейно-побутових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2000. С. 8.

⁷ *Бога А.А.* Цит. праця. С. 18.

⁸ URL: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/index>

суб'єктом якого є виключно жінка (умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини)⁹. Як правило, такі діяння вчиняються молодими жінками, ще погано адаптованими, тобто які не мають сім'ї, достатнього матеріального забезпечення, свого житла. Вбивство дитини відбувається, як правило, в результаті раннього статевого життя або через неналежні життєві умови для виховання майбутньої дитини. Все це сприяє тому, що вагітна жінка намагається зробити аборт, а якщо їй це не вдається – робить дітовбивство¹⁰. Ця тема досить активно висвітлюється у засобах масової інформації. Наприклад, у Німеччині жінкам пропонують позбутися небажаних новонароджених дітей. Місце, де можна залишити немовля, приховане від чужих очей та камер спостереження. Дитинча кладуть на підніс, який плавно через отвір у стіні опускає дитину на ліжечко, що обігрівається. Сигнал тривоги попереджає працівників соціальної служби про появу нового підкидька лише тоді, коли мати мала вдосталь часу, аби зникнути. Схожий метод також практикується і в Україні, позаяк у багатьох областях працюють «вікна життя» – спеціальні пункти, в яких жінки можуть анонімно залишити своє небажане немовля.

Крім того, в насильницькій злочинності жінок спостерігаються негативні зміни в емоційно-мотиваційній основі вчинення злочинів. Особливо небезпечним симптомом стає поширення мотиву злочинної поведінки як прагнення до задоволення, потягу до агресивного насильства. Виникла тенденція зростання кількості злочинів, учинених жінками у стані алкогольного сп'яніння; виявлена у процесі дослідження злочинів, вчинених жінками, специфіка їх кримінологічних параметрів дозволяє розглядати ці злочини як самостійну групу, що посідають суттєве місце у загальній злочинності й, як наслідок, стають самостійним об'єктом кримінологічного вивчення¹¹.

Стосовно насильницьких злочинів, то, хоча вони і не є характерними для жіночої злочинності, проте саме вони часто вчинюються у родинно-побутовій сфері, що свідчить про негативну тенденцію до зростання чисельності жінок, покараних за тяжкі злочини проти життя і здоров'я людини. Для насильницьких злочинів характерна велика кількість моти-

⁹ Кримінальний кодекс України: закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III // ВВР України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

¹⁰ Кримінологія: учебник для вузов / под общ. ред. А.И. Долговой. Москва: Норма, 2005. С. 587.

¹¹ Дебольский М.Г. Гендерные особенности осужденных женщин, формы и методы оказания им психологической помощи. URL: <http://www.jurpsy.ru/lib/articles/id/24900.php>.

вів, і часом досить важко виділити домінуючий¹². Так, аналіз цих злочинів свідчить про найбільшу поширеність такого мотиву, як прагнення позбутися потерпілого, потім ідуть особиста ворожість, помста, страх, ревності; хуліганські спонукання, заздрість, садистські чи статеві спонукання.

Варто окремо зупинитися на тому, що показник жіночого рецидиву не менш значний, ніж чоловічого, крім того, ресоціалізація жінок-рецидивісток проходить набагато складніше через втрату соціальних зв'язків¹³. Чоловіки удвічі частіше залишають засуджених до позбавлення волі жінок, ніж жінки чоловіків. Причому таке явище спостерігається й тоді, коли чоловіки користувалися злочинною здобиччю жінок. Після відбуття покарання у виді позбавлення волі багато жінок стають соціально неадаптованими, в результаті – самотність, відсутність житла і роботи, сімейних і родинних зв'язків, надії на майбутнє, а наслідком цього стає рецидив злочинів¹⁴. Водночас показник жіночого рецидивізму менший, ніж чоловічого. Більшість жінок (83 %) на момент вчинення злочину не мали судимості, 14 % – мали одну судимість, 1 % – дві, 2,5 % – три і більше. Але ресоціалізація жінок-рецидивісток відбувається значно важче¹⁵.

Вивчення особи жінки-злочинця має важливе значення для пізнання причинно-наслідкових зв'язків, які лежать в основі жіночої злочинності, й забезпечують застосування відповідних попереджувальних заходів. Даній категорії осіб властиві як деякі загальні для всіх злочинців риси, так і специфічні, що виділяє їх з основної маси правопорушників. На думку дослідників, біологічні особливості жінок, обумовлюючи або в деяких випадках обмежуючи кількісні показники окремих видів злочинів, не виступають головними у поясненні детермінації злочинів¹⁶. І все ж не можна не враховувати того, що жінки виявляються, наприклад, менш захищеними психологічно від різних ускладнень у їх житті.

Основну масу злочинців, які перебувають у місцях позбавлення волі, становлять жінки віком від 20 до 40 років (понад 70 %), що пов'язано зі зміною соціального статусу жінок, їх соціальною незахищеністю, безро-

¹² Назаров О.А. Гендерні особливості смислової сфери осіб, що вчинили насильницький злочин: автореф. дис. ... канд. психолог. наук: 19.00.06. Харків, 2007. С. 17.

¹³ Батургареева В.С. Жіноча рецидивна злочинність в Україні: кримінологічний аналіз сучасного стану // Вісник Академії правових наук України. 2005. № 3(42). С. 205.

¹⁴ Меркулова В.О. Особливості жіночої рецидивної злочинності // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. 2000. № 2. С. 94.

¹⁵ URL: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/index>

¹⁶ Антонян Ю.М. Преступность среди женщин. Москва, 1992. С. 172.

біттям, посадовим становищем та становищем у сім'ї¹⁷. Понад третина жінок одружені, інші – незаміжні або вдови. Для жінок-злочинців характерна середня і середня спеціальна освіта (до 80 %). Однак дедалі зростає кількість злочинців, які мають вищу освіту. Освітній рівень жінок завжди був вищий за чоловіків, що взагалі характерно для населення країни.

Переважає більшість жінок працездатні (до арешту працювали понад 50 % злочинниць), серед них працівниці у галузі сільського господарства становлять близько 40 %; незначна кількість службовців і тих, хто навчається. Також важливо зазначити, що збільшується група злочинниць, які працюють у сфері підприємницької діяльності¹⁸.

Серед засуджених збільшується частка іноземців і осіб без громадянства, що пояснюється, зокрема, незаконним проникненням емігрантів до України.

Що стосується кримінально-правових рис засуджених жінок, то частка раніше судимих – близько 70 %. Спеціальний рецидив найбільш поширений серед жінок, що зловживають алкоголем, і становить понад 40 %. Переважній більшості засуджених призначено покарання у виді позбавлення волі від одного до п'яти років¹⁹.

Однією з найбільш поширених морально-психологічних рис жінок-злочинців є алкогольна і наркотична залежність, тобто дезадаптованість. Аналіз рецидивної злочинності таких жінок свідчить про те, що під впливом алкоголю і наркотиків зростає число судимостей, настає соціальна деградація особи, формується стійка психологія паразитизму, яка призводить до вчинення нових злочинів²⁰. Більшість із засуджених, особливо тих, хто засуджені вже не вперше, втрачають зв'язок із сім'єю, дітьми, роботою, не мають житла чи навіть стандартних засобів існування²¹. Отже, соціально-психологічний портрет жінки-злочинця надто драматичний.

Рівень злочинності жінок також суттєво залежить від соціальних умов, зокрема економічних. Особливості кримінологічної характеристи-

¹⁷ Головін Б.М. Сімейно-побутові конфлікти в системі детермінації умисних вбивств і тяжких тілесних ушкоджень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 17.

¹⁸ Чугуенко В.М., Лупан Е.И. Социальные факторы женской преступности // Перспективи. 2008. № 3. С. 109.

¹⁹ Кальман О.Г. Злочинність в Україні: основні тенденції. URL: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/bozk/2007/17text/g17_04.htm.

²⁰ Меркулова В.О. Цит. праця. С. 97.

²¹ Бадира В.А., Денисова Т.А. Правові основи виправлення та ресоціалізації жінок, засуджених до позбавлення волі: монографія. Запоріжжя, 2009. С. 127.

ки жіночої злочинності значною мірою визначаються специфікою способу життя жінок, їх своєрідною діяльністю, соціальними позиціями та роллю.

Таким чином, до особливостей жіночої злочинності можна віднести:

- 1) значно меншу питому вагу в загальній злочинності;
- 2) меншу сферу злочинної діяльності жінок порівняно з чоловічою;
- 3) різке помолодшання жіночої злочинності, втягнення неповнолітніх до злочинної діяльності;
- 4) більш тяжкі наслідки від учинюваних жінками злочинів для суспільства.

Відтак соціально-демографічні, кримінально-правові, психологічні, моральні, фізичні (біологічні) ознаки, а також інші властивості, притаманні особистості, впливають на характер і структуру жіночої злочинності. Причини жіночої злочинності криються у взаємодії соціального середовища і особистості. Вони, як і причини та умови злочинності в цілому, мають соціальний характер, пов'язані з конкретно-історичними умовами життя суспільства, змістом та спрямованістю його провідних інститутів, суттю і способами розв'язання його основних суперечностей, місцем жінки у системі суспільних відносин, її ролями і функціями.

Отже, незважаючи на те, що за чисельністю жінок більше, ніж чоловіків, жіноча злочинність вчиняється у декілька разів рідше за чоловічу. Тому жіночій злочинності не приділяють такої пильної уваги, а вважають її вторинною щодо чоловічої. Однак жіноча злочинність на даний момент має швидші темпи зростання, ніж чоловіча, що не може не викликати стурбованості в суспільстві. Також жіноча злочинність має більшу латентність. Прояви жіночої злочинності є найвищими у сферах, до яких жінка найбільше залучена, – сімейно-побутовій та серед професій, які традиційно вважаються «жіночими». При цьому жінкам, які «пройшли» через місця позбавлення волі, складніше дається процес ресоціалізації. Усі ці фактори потрібно враховувати при подальшій розробці проблеми та при впровадженні програм із попередження та подолання наслідків жіночої злочинності.

Kubalskiy Vladyslav, Momotiuk Veronika. The features and key development trends of female crime in Ukraine

In recent years, there is a tendency in Ukraine, which increases the number of criminal offenses, among which the percentage of crimes committed by women is significant. Female crime is different from male one by its scale, the nature of crimes and their consequences, the means of implementation, the sphere in which they take place, the role played by women, the choice of the victim of a criminal assault, the

influence on their offenses on family and domestic or related circumstances, etc. The woman is the guardian of the home, she is a person who influences her husband's behavior and the upbringing of children, and she mainly determines family relationships. Therefore, we can say that the involvement of women in criminal activity and the prevalence of female crime affect the moral state of society more than the spread of male crime. That is why we should agree with the idea that the rate of female crime is a kind of indicator of the health of society. Therefore, the study of this problem is relevant and needs attention from the public.

Despite the fact that a large number of scholars have been involved in the study of female crime, there are still a number of unresolved issues in this area, because at this stage, the study of female crime is considered secondary compared to male crime.

The state of female crime is largely an indicator of the moral health of society, an indicator of its spirituality, the attitude to the basic human values. The criminality of women today is closely linked to general crime, especially minors. However, it has certain features that are determined by the socio-psychological and biological characteristics of women. Female crime has its quantitative indicators, especially the structure and types of crimes, methods and tools for their commission, etc. Consequently, female crime is a set of crimes committed by women in a certain territory for a certain period of time.

Recently, there has been an increase in the number of crimes committed by women in Ukraine: they have doubled in the last ten years, and their share in total crime has also increased.

Female crime differs from that of men by some qualitative indicators. We can name two spheres of public life, where female criminal activity is most clearly identified. First, this is the sphere of everyday life, where women are pushed to commit crime as negative circumstances of family-marriage, family and neighborly relations. In this area women mostly commit such violent crimes as: murder (also, the murdering of their newborn baby), bodily harm and hooliganism. Secondly, it is an area where a woman performs his professional functions, especially those related to the possibility of free access to material assets. This, first of all: trade, catering, medicine, education, banking, industry, etc. Women most often commit mercenary crimes: theft, appropriation, embezzlement or abuse of office, bribery, etc. The number of thefts of personal property and fraud also grows.

To summarize, despite the fact that the number of women more than men, women's crime is reduced several times less often than men. Therefore, female criminality does not pay such close attention, but consider it secondary compared to male. However, women's crime has faster growth than men, which cause concern in society. Also, female crime has a greater latency. At the same time, women who have passed through places of deprivation of liberty, the process of re-socialization is harder. All these factors need to be taken into account in further developing the problem and in introducing programs to prevent and overcome the consequences of female crime.

Keywords: female crime, re-socialization of women convicts, the scope of female criminality, female recidivism.

УДК 347.91/.95

**Інститут залишення заяви без розгляду
за новим Цивільним процесуальним
кодексом України:
форми реалізації та підстави застосування
залежно від виду заяви**

С. О. Короєд,
доктор юридичних наук, доцент

Здійснено аналіз положень нового Цивільного процесуального кодексу України та з'ясовано форми реалізації інституту залишення заяви без розгляду в цивільному судочинстві, який не обмежується лише позовними заявами. Інститут залишення заяви без розгляду віднесено до процесуальних санкцій, які зазвичай є наслідками неналежного здійснення заінтересованими особами своїх процесуальних прав. Здійснено класифікацію всіх заяв (документів), які можуть залишатися судом без розгляду, на чотири групи. Наведено характеристику підстав застосування інституту залишення заяви без розгляду залежно від виду заяви (документу); такі підстави об'єднано в три групи. Виділено види заяв, на залишення без розгляду яких може впливати заінтересована особа своїми діями чи бездіяльністю.

***Ключові слова:** цивільний процес, цивільне судочинство, правосуддя в цивільних справах, позов, заява, залишення заяви без розгляду, залишення позову без розгляду.*

Короед С. А. Институт оставления заявления без рассмотрения по новому Гражданскому процессуальному кодексу Украины: формы реализации и основания применения в зависимости от вида заявления

Анализируются положения нового Гражданского процессуального кодекса Украины, выяснены формы реализации института оставления заявления без рассмотрения в гражданском судопроизводстве, который не ограничивается только исковыми заявлениями. Институт оставления заявления без рассмотрения отнесен к процессуальным санкциям, которые обычно являются следствием ненадлежащего осуществления заинтересованными лицами своих процессуальных прав. Осуществлена классификация всех заявлений (документов), которые могут оставляться судом без рассмотрения, на четыре группы. Приведена характеристика оснований применения института оставления заявления без рассмотрения в зависимости от вида заявления (документа); такие основания объединены в три группы. Выделены виды заявлений, на оставление без рассмотрения которых может влиять заинтересованное лицо своими действиями или бездействием.

Ключевые слова: гражданский процесс, гражданское судопроизводство, правосудие по гражданским делам, иск, заявление, оставление заявления без рассмотрения, оставление иска без рассмотрения.

Koroied Serhii. The institution of leaving the application without consideration under the new Civil Procedural Code of Ukraine: forms of implementation and the basis for application, depending on the type of application

The analysis of the provisions of the new Civil Procedural Code of Ukraine has been carried out and the forms of implementing the institute for leaving an application without consideration in civil proceedings have been clarified, which is not limited only to lawsuits. The institution of leaving the application without consideration is referred to the procedural sanctions, which are usually the result of the inappropriate exercise, by the involved parties, of their procedural rights. It is carried out classification of all applications (documents), which can be left by court without consideration, into four groups. It is given characteristics of the grounds for the implementation of the institution of leaving application without consideration, depending on the type of application (document); such bases are combined into three groups. The types of applications are highlighted, for leaving without consideration of which the interested person may influence by his/her actions or inaction.

Keywords: civil procedure, civil proceedings, justice in civil cases, lawsuit, application, leaving the application without consideration, leaving the lawsuit without consideration.

Институт залишення заяви без розгляду давно відомий цивільному процесу. В навчальній літературі залишення заяви без розгляду розкривається як форма закінчення цивільних справ (провадження у справі) без ухвалення судового рішення за наявності точно встановлених у законі обставин, які свідчать про недодержання особою умов реалізації її суб'єктивного процесуального права – права на звернення до суду за

судовим захистом і можливість застосування яких не втрачена, а також у разі повторної неявки позивача без поважних причин, наслідком якої є можливість повторного звернення до суду з тотожним позовом¹.

У наукових публікаціях процесуальний інститут залишення заяви без розгляду теж висвітлюється науковцями передусім з точки зору позовної заяви, причому одні автори, які спеціально присвятили свої наукові праці цьому питанню, розглядають підстави для залишення позовної заяви без розгляду у зв'язку із неусуненням недоліків позовної заяви після відкриття провадження², у зв'язку із повторною неявкою позивача³ та на стадії апеляційного перегляду⁴. Інші автори розглядають це питання в контексті добросовісності здійснення позивачем права на залишення позову без розгляду та можливої компенсації відповідачу судових витрат⁵. Окремі автори розглядають у комплексі всі підстави залишення позовної заяви без розгляду⁶. Із наукових праць вбачається, що вчені-процесуалісти інститут залишення заяви без розгляду майже завжди пов'язують лише із залишенням без розгляду саме позовної заяви.

¹ *Курс цивільного процесу: підручник* / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 613; *Цивільний процес України: академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.*; за ред. С.Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. С. 658.

² *Воробель У.Б.* Правові наслідки недотримання форми та змісту позовної заяви в цивільному процесі // Часопис Академії адвокатури України. 2011. № 10. С. 1-8.; *Братель О.Г.* Процесуальні особливості залишення позовної заяви без руху та повернення заяви при здійсненні цивільного / Веб-сайт Глобальної організації союзницького лідерства. URL: <http://goal-int.org/procesualni-osoblivosti-zalishennya-pozovnoi-zayavi-bez-ruhu-ta-povernennya-zayavi-pri-zdijsnenni-civilnogo-sudochinstva/>.

³ *Воробель У.Б.* Процедурні особливості залишення заяви без розгляду у зв'язку з повторною неявкою позивача // Вісник Вищої ради юстиції. 2012. № 1 (9). С. 73-93; *Селіванов М.В.* Неявка позивача як підстава для залишення позову без розгляду / Веб-сайт Юридичної фірми «Arbitis». URL: <https://www.arbitis.com/Selivanov-M-V-Nejavkaporizvacha-yak-pidstava-dlya-zalishennya-pozovu-bez-rozglyadu/>

⁴ *Воробель У.Б.* Застосування інституту залишення заяви без розгляду на стадії апеляційного перегляду судових рішень // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія Право. 2012. № 2 (6). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/p2/12vurepsr.pdf>.

⁵ *Гасяк Я.В.* Добросовісність здійснення позивачем права на залишення позову без розгляду у цивільному судочинстві України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2016. Вип. 38. Т. 1. С. 79-87.

⁶ *Мамницький В.Ю.* Інститут залишення позову без розгляду на сучасному етапі розвитку цивільного процесуального законодавства // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2017. Вип. 4. Т. 1. С. 69-75; *Мамницький В.Ю.* Про деякі питання вдосконалення інституту залишення заяви без розгляду // Цивільний процес на зламі століть: матеріали наук. практ. конф., присвяч. 50-річчю заснування каф. цив. процесу (м. Харків, 20-21 жовт. 2016 р.) / за заг. ред. К.В. Гусарова. Харків: Право, 2016. С. 82-84.; *Коломієць Ю.М.* Залишення позовної заяви без розгляду як один з різновидів ускладнень під час розгляду цивільної справи судом першої інстанції // Судова апеляція. 2012. № 4 (29). С. 125-131.

Проте цей процесуальний інститут ширший і охоплює не лише позовні заяви, а й інші заяви (документи) в цивільному судочинстві, щодо кожної з яких Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК) встановлює самостійні підстави залишення без розгляду. Такого комплексного дослідження всебічного погляду на процесуальний інститут залишення заяви без розгляду не проводилося. Тому аналіз форм реалізації та характеристика підстав застосування цього процесуального інституту залежно від виду заяви (документа) є важливими для розвитку теоретичних засад цивільного процесу.

Так, в юридичній літературі залишення заяви без розгляду (порядк із відмовою у прийнятті заяви, залишенням заяви без руху, закриттям провадження у справі внаслідок відсутності у заявника права на звернення до суду) відносять до процесуальних санкцій, які є наслідками неналежного здійснення заінтересованими особами своїх процесуальних прав. Ці санкції називаються процесуальними тяжкостями. Вони покладаються на особу, якщо вона здійснила належне їй право поза передбаченими законом умовами, тобто не у формах судочинства. Функція процесуальних тяжкостей полягає не тільки в тому, щоб викликати здійснення процесуальної дії, а й забезпечити додержання заінтересованими особами умов і порядку реалізації своїх процесуальних прав, використання судового захисту тільки у формах судочинства⁷.

Рішення про залишення заяви без розгляду належить у Рекомендаціях № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи від 14 травня 1981 р. «Щодо шляхів полегшення доступу до правосуддя» до санкцій, які повинні застосовуватися судом відносно будь-якої сторони, яка не здійснює необхідні процесуальні дії у встановлені законом або судом строки⁸.

Аналіз положень чинного ЦПК (в редакції від 3 жовтня 2017 року) свідчить, що інститут залишення судом заяви без розгляду застосовується щодо:

а) залишення без розгляду заяви про відвід, якщо відвід заявляється повторно з підстав, розглянутих раніше (ч. 5 ст. 39);

б) залишення без розгляду скарг, заяв, клопотань, якщо їх подання судом визнається зловживанням процесуальними правами (ч. 3 ст. 44);

в) залишення без розгляду позову (позовної заяви, заяви) з різних підстав (ч. 3 і 4 ст. 57, ч. 10 ст. 84, ч. 6 ст. 135, ч. 2 ст. 136, ч. 13 ст. 187, ч. 5 ст. 223, ст. 257);

⁷ Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 94.

⁸ Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи щодо доступності правосуддя у цивільних справах. URL: <http://um.co.ua/8/8-3/8-35196.html>.

г) залишення без розгляду документів, поданих після закінчення процесуальних строків (ч. 2 ст. 126); залишення без розгляду заяв та клопотань, які без поважних причин не були заявлені в підготовчому провадженні або в інший строк, визначений судом (ч. 2 ст. 222); залишення без розгляду зауважень щодо технічного запису судового засідання та протоколу судового засідання, поданих з пропуском строку їх подання (ч. 3 ст. 249); залишення без розгляду заяви про видачу виконавчого листа про примусове виконання рішення третейського суду, якщо її подано після закінчення встановленого строку (ч. 3 ст. 483);

д) залишення без розгляду заяви, якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження (ч. 6 ст. 294); залишення без розгляду заяви про встановлення факту, що має юридичне значення, якщо під час розгляду справи буде виявлений спір про право (ч. 4 ст. 315); залишення без розгляду заяви про визнання втраченого цінного папера на пред'явника або векселя недійсним і відновлення прав на нього, якщо держатель втраченого цінного папера на пред'явника або векселя подасть заяву до суду про те, що він є його держателем (ч. 1 ст. 325); залишення без розгляду заяви про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, якщо під час розгляду справи буде встановлено, що заява ґрунтується на спорі, який розглядається в порядку позовного провадження (ч. 3 ст. 349);

е) залишення без розгляду заяви про усиновлення, якщо після ухвалення рішення про усиновлення, але до набрання ним законної сили заяву про усиновлення було відкликано (ч. 6 ст. 314);

ж) залишення без розгляду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, якщо клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлено відповідно до вимог (ч. 4 ст. 466);

з) залишення без розгляду заяви про відновлення втраченого судового провадження, якщо провадження було відкрито та було встановлено, що мета звернення до суду, зазначена заявником, не пов'язана із захистом його прав та інтересів, або ж заявник відкликав заяву про відновлення втраченого судового провадження (ч. 2 ст. 492).

Наведені вище положення ЦПК стосовно форм реалізації процесуального інституту залишення заяви без розгляду дозволили нам всі заяви (документи), щодо яких може бути застосовано зазначений процесуальний інститут, об'єднати в такі групи:

І) заяви про відвід (оскільки заявлення завідомо безпідставного відводу, а також відводу, який вже було вирішено судом, належить згідно з

п. 1 ч. 2 ст. 44 до зловживань процесуальними правами), інші скарги, заяви (крім позовних), клопотання (подання яких може визнаватись зловживанням процесуальними правами і у зв'язку з цим підставою залишення їх без розгляду);

II) позови та інші заяви, якими порушується цивільна процесуальна діяльність (позовні заяви в позовному провадженні, заяви в окремому провадженні; заява про усиновлення; клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду; заяви про відновлення втраченого судового провадження);

III) будь-які документи (подані після закінчення процесуальних строків);

IV) заяви у справах окремого провадження (з мотивів виникнення спору про праву, який має розглядатися в позовному провадженні).

Проте лише за одним видом (назвою) заяви (чи іншого документа) не можна сформулювати уявлення стосовно підстав для її повернення, адже щодо одного і того ж виду заяв можуть застосовуватися різні підстави залишення без розгляду. Тому науковий інтерес становлять підстави застосування інституту залишення заяви без розгляду щодо заяв (документів) тієї чи іншої групи (із наведених нами вище чотирьох груп заяв).

Так, *першою підставою* застосування інституту залишення заяви без розгляду є факт (факти) зловживаннями заявником процесуальними правами при подачі відповідної заяви, скарги, клопотання (передусім це заяви, віднесені нами вище до першої групи). Ознаки зловживання процесуальними правами наведено у ч. 2 ст. 44. При цьому, на нашу думку, заяви, скарги, клопотання можуть бути залишені судом без розгляду безпосередньо на підставі ч. 3 ст. 44 (яка є загальною нормою) лише в тому випадку, якщо таких наслідків не передбачено в спеціальній статті Кодексу, яка безпосередньо присвячена регулюванню питань, пов'язаних з рухом тієї чи іншої заяви (заяви про відвід, позовної заяви, заяви в справах окремого провадження). До цієї підстави належать також окремі випадки залишення без розгляду заяв (позовних заяв, заяв, інших документів), віднесених до другої і третьої груп, зокрема:

а) залишення без розгляду позовної заяви у разі неподання учасником справи з неповажних причин або без повідомлення причин доказів, витребуваних судом, необхідних для вирішення спору (це правило стосується тільки позивача і поданої ним позовної заяви, оскільки в справах окремого провадження дія принципу змагальності обмежена) (ч. 10 ст. 84, ч. 3 ст. 294). Адже в цьому випадку позивач недобросовісно корис-

тується своїм процесуальним правом подавати докази (п. 2 ч. 1 ст. 43) і водночас недобросовісно виконує свій процесуальний обов'язок щодо доведення обставин, які мають значення для справи і на які він посилається як на підставу своїх вимог або заперечень (ч. 3 ст. 12), чим фактично вчиняє дії, спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи (п. 1 ч. 2 ст. 44), що визнається зловживанням процесуальними правами. До речі, така підстава залишення позовної заяви без розгляду існувала тривалий час у п. 5 ст. 83 Господарського процесуального кодексу України. Пленум Вищого господарського суду України роз'яснював: якщо стороною (або іншим учасником судового процесу) у вирішенні спору не подано суду в обґрунтування її вимог або заперечень належні й допустимі докази, в тому числі на вимогу суду, або якщо в разі неможливості самостійно надати докази нею не подавалося клопотання про витребування їх судом, то розгляд справи господарським судом може здійснюватися виключно за наявними у справі доказами, і в такому разі у суду вищої інстанції відсутні підстави для скасування судового рішення з мотивів неповного з'ясування місцевим господарським судом обставин справи; крім того, неподання позивачем витребуваних господарським судом матеріалів, необхідних для вирішення спору, тягне за собою правові наслідки у вигляді залишення позову без розгляду на підставі п. 5 ч. 1 ст. 81 ГПК. При цьому неподання або несвоєчасне подання стороною у справі, іншим учасником судового процесу доказів з неповажних причин, спрямоване на затягування судового процесу, має розцінюватися господарським судом як зловживання процесуальними правами (п. 2.3, 3.13 постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції»);

б) залишення без розгляду позовної заяви у разі повторної неявки позивача в судові засідання без поважних причин або неповідомлення ним про причини неявки, крім випадку, якщо від нього надійшла заява про розгляд справи за його відсутності, і його нез'явлення не перешкоджає вирішенню спору (ч. 5 ст. 223). Адже такою поведінкою позивач недобросовісно користується своїми процесуальними правами брати участь у судових засіданнях і надавати пояснення суду (п. 2, 3 ч. 1 ст. 43) і не виконує процесуальний обов'язок з'являтися в судові засідання за викликом суду (п. 3 ч. 2 ст. 43) та обов'язок повідомляти суд про причини неявки в судові засідання (ч. 3 ст. 131). Тобто позивач цим фактично

вчиняє дії, спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи (ч. 1, п. 1 ч. 2 ст. 44);

в) залишення без розгляду заяв та клопотань, які без поважних причин не були заявлені в підготовчому провадженні або в інший строк, визначений судом (ч. 2 ст. 222), адже цим сторона фактично допускає дії, що спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи (ч. 1, п. 1 ч. 2 ст. 44);

г) залишення без розгляду позовної заяви з підстав перебування у провадженні цього чи іншого суду справи із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав (п. 4 ч. 1 ст. 257), а також якщо після відкриття провадження судом встановлено, що позивачем подано до цього самого суду інший позов (позови) до цього самого відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з однакових підстав і щодо такого позову (позовів) на час вирішення питання про відкриття провадження у справі, що розглядається, не постановлена ухвала про відкриття або відмову у відкритті провадження у справі, повернення позовної заяви або залишення позову без розгляду (п. 11 ч. 1 ст. 257). Оскільки подання декількох позовів до одного й того самого відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з тих самих підстав, або подання декількох позовів з аналогічним предметом і з аналогічних підстав, або вчинення інших дій, метою яких є маніпуляція автоматизованим розподілом справ між суддями визнається зловживанням процесуальними правами (п. 2 ч. 2 ст. 44).

Другою підставою застосування інституту залишення заяви без розгляду є факти невиконання особою у встановлений строк певних дій (зокрема, усунення недоліків чи подання додаткових документів або підтримання заявлених вимог), вчинення яких є необхідним для прийняття до розгляду чи продовження розгляду таких заяв (передусім це заяви, віднесені нами вище до другої групи), а також обставини, які перешкоджають подальшому розгляду заяви (заяви, віднесені нами до четвертої групи). До цієї групи підстав належать, зокрема, такі випадки залишення заяв без розгляду, які можна об'єднати в такі групи:

а) залишення без розгляду позову, поданого в інтересах іншої особи, яка має цивільну процесуальну дієздатність і яка не підтримує заявлених позовних вимог (ч. 3 ст. 57);

б) залишення без розгляду заяви (позовної заяви, заяви) у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення витрат на професійну правничу допомогу (за клопотанням відповідача) (ч. 6 ст. 135), а

також у випадку, якщо у встановлений судом строк судові витрати не будуть сплачені (ч. 2 ст. 136);

в) залишення без розгляду позовної заяви, якщо провадження у справі відкрито за заявою, поданою без додержання вимог, викладених у ст. 175 і 177 Кодексу, та не було сплачено судовий збір і позивач не усунув цих недоліків у встановлений судом строк (ч. 11, 12, 13 ст. 187, п. 8 ч. 1 ст. 257); залишення без розгляду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, якщо воно не оформлено відповідно до вимог або до клопотання не додано всі перелічені документи (ч. 4 ст. 466); залишення без розгляду заяви про компенсацію судових витрат у разі неподання протягом встановленого строку відповідних доказів на підтвердження витрат, які сторона сплатила або має сплатити у зв'язку з розглядом справи (абз. 3 ч. 8 ст. 141);

г) залишення без розгляду позову, якщо позивач до початку розгляду справи по суті подав заяву про залишення позову без розгляду; (п. 5 ч. 1 ст. 257), а також залишення без розгляду заяви про усиновлення у разі відкликання заяви про усиновлення після ухвалення рішення про усиновлення, але до набрання ним законної сили (ч. 6 ст. 314);

д) залишення без розгляду заяви у справах окремого провадження, якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження (ч. 6 ст. 294); залишення без розгляду заяви про відновлення втраченого судового провадження, якщо мета звернення до суду, зазначена заявником, не пов'язана із захистом його прав та інтересів або заявник відкликав заяву про відновлення втраченого судового провадження (ч. 2 ст. 492).

Третьою підставою застосування інституту залишення заяви без розгляду є факт (факти) подання відповідних заяв, скарг, клопотань (документів) з пропуском процесуальних строків на їх подачу та відсутність поважності причин його пропуску (ч. 2 ст. 126, ч. 1 ст. 127). Ця група підстав залишення без розгляду застосовується щодо всіх видів заяв по суті справи (крім позовної заяви), інших заяв та клопотань, які без поважних причин не були заявлені в підготовчому провадженні або в інший строк, визначений судом (ч. 2 ст. 222), апеляційних і касаційних скарг, зауважень щодо технічного запису судового засідання та протоколу судового засідання, заяв про видачу виконавчого листа про примусове виконання рішення третейського суду тощо.

Усі проаналізовані вище підстави залишення заяв без розгляду дозволяють класифікувати їх за волевиявленням учасника справи, який їх подав, на: а) підстави залишення без розгляду, які не залежать від воле-

виявлення заінтересованої особи (наприклад, випадки, передбачені ч. 6 ст. 294); б) підстави залишення без розгляду, які реалізуються лише за волевиявленням заінтересованої особи (це випадки, передбачені п. 5 ч. 1 ст. 257 та ч. 6 ст. 314); в) підстави залишення без розгляду, які можуть наставати для заінтересованої особи як об'єктивно, так і внаслідок її бездіяльності чи навіть умислу (наприклад, випадки, передбачені ч. 10 ст. 84, ч. 5 ст. 223, ч. 2 ст. 222, п. 4 ч. 1 ст. 257, п. 11 ч. 1 ст. 257, ч. 6 ст. 135, ч. 2 ст. 136, ч. 3 ст. 57, п. 8 ч. 1 ст. 257, ч. 4 ст. 466, абз. 3 ч. 8 ст. 141).

Таким чином, проведене нами дослідження форм реалізації інституту залишення заяви без розгляду та підстав його застосування залежно від виду заяви в цивільному судочинстві дозволяє по-новому поглянути на природу вказаного процесуального інституту (який, з одного боку, в низці випадків застосовується в інтересах відповідача, а в інших – забезпечує завдання цивільного судочинства та дотримання цивільної процесуальної форми), більш повно усвідомити його роль у цивільно-процесуальному регулюванні здійснення правосуддя в цивільних справах, краще зрозуміти правила нормативно-правової побудови статей Кодексу, які визначають підстави залишення без розгляду тієї чи іншої заяви, а також допомогти в навчальних цілях при вивченні теоретичних засад цивільного процесу.

Koroied Serhii. The institution of leaving the application without consideration under the new Civil Procedural Code of Ukraine: forms of implementation and the basis for application, depending on the type of application

The Institute of leaving without a consideration, has long been known to civil process. In the legal literature procedural institute for leaving of the claim without the consideration is reviewed by scientist primarily from the point of view of the lawsuit. However, this procedural institution is wider and covers not only lawsuit, but also other applications (documents) in civil judicial proceedings, for each of which the Civil Procedural Code of Ukraine (hereinafter – the CPC) establishes independent grounds for leaving without consideration. Such a complex study of a comprehensive view of the procedural institute of leaving an application without consideration was not carried out. Therefore, an analysis of existing forms of implementation and a description of the grounds for the use of this procedural institute, depending on the type of application (document), is important for the development of the theoretical foundations of the civil process and aims at in our article.

In the legal literature, leaving the application without consideration (along with the refusal to accept the application, leaving the application without movement, the closure of proceedings on the grounds of absence of the applicant's right to apply to the court) refer to procedural sanctions, which are the consequence of improper implementation of the procedural rights of interested parties. The specified sanctions are called procedural encumbrance. They impose on a person if she has exercised her

due right outside the conditions enshrined by the law, that is, not in the form of proceedings.

It is analyzed provisions of the CPC regarding the forms of implementation of the procedural institute of leaving the application without consideration allowed the author to combine all the applications (documents), that the procedural institute may apply, into the following groups: I) statements on disqualification of judge (since the application on disqualification that has already been resolved by court, according to item 1, part 2, article 44 is considered as abuse of procedural rights), other complaints, statements (other than lawsuits), petitions (submission of which may be considered an abuse of procedural rights and in this regard, the grounds for leaving them without consideration); II) lawsuits and other applications that violate civil procedural activities (statements of claim in a lawsuit, applications in separate proceedings, application for adoption, application for granting a permission for enforcement of a foreign court judgment, consideration of applications for the restoration of lost court proceedings); III) any documents (filed after the expiration of the procedural deadlines); IV) applications in cases with separate proceedings (on the grounds of the dispute about the right that must be considered under action proceedings).

The reasons for applying the institute of leaving application without consideration in relation to the applications (documents) of one or another group are allocated. Thus, *the first reason* for the application of the institution to leave the application without consideration is the fact (facts) of the applicant's abuse of procedural rights upon filing the relevant application, complaint, petition (first of all, the statements assigned above to the first group). This ground also includes separate cases of leaving without consideration of applications (lawsuits, applications, other documents), assigned to the second and third groups. *The second reason* for applying the institution of leaving the application without consideration is the fact that the person fails to perform certain actions within the prescribed period (in particular, eliminating deficiencies or submitting additional documents or maintaining the stated requirements), the execution of which is necessary for taking into consideration or extension of consideration of such applications (the statements assigned above to the second group), as well as the circumstances preventing further consideration of the application (statements assigned to the fourth group). *The third reason* for the application of the institution of leaving the application without consideration is the fact (facts) of filing the relevant applications, complaints, petitions (documents) with the omission of procedural deadlines for their filing and the absence of valid reasons for its omission (Part 2, Article 126, Part 1, Article 127).

All the above analyzed grounds for the leaving of applications without consideration allow them to be classified according to the will of the participant who filed them: a) reasons for leaving without consideration which do not depend on the will of the involved person; b) reasons for leaving without consideration, which are realized only upon the will of the interested person; c) reasons for leaving without consideration, which may appear to the interested person both objectively and as a result of its inactivity or even intent.

Keywords: civil procedure, civil proceedings, justice in civil cases, lawsuit, application, leaving the application without consideration, leaving the lawsuit without consideration.

УДК 342.951

Методологічні засади дослідження проблем оптимізації цивільного судочинства

А. Г. Гулик,

кандидат юридичних наук,

суддя Львівського окружного адміністративного суду

Доведено, що загальнонаукові методи в поєднанні з іншими прийомами і засобами вивчення дозволяють отримати достовірні, обґрунтовані результати наукового дослідження. Показана можливість застосування при дослідженні проблем оптимізації цивільного судочинства методів неюридичних наук. Аналізуються особливості використання загальноправових способів і спеціальних прийомів вивчення цивільного процесуального права при дослідженні проблем оптимізації цивільного судочинства.

Ключові слова: методологія, діалектика, системний підхід, загальноправові методи.

Гулик А. Г. Методологические основы исследования проблем оптимизации гражданского судопроизводства

Доказывается, что общенаучные методы в соединении с иными приемами и средствами изучения позволяют получить достоверные, обоснованные результаты научного исследования.

Отмечается возможность применения при исследовании проблем оптимизации гражданского судопроизводства методов неюридических наук. Анализируются особенности использования общеправовых способов и специальных приемов изучения гражданского процессуального права при изучении проблем оптимизации гражданского судопроизводства.

Ключевые слова: методология, диалектика, системный подход, общеправовые методы.

Gulyk Andrii. Methodological basis for the study of the problems of optimizing civil proceedings

The article is devoted to the methodological foundations of the study of problems of optimizing civil proceedings.

The concept of «methodology» is analyzed. The author argues that the general scientific methods in conjunction with other methods and means of study allow to obtain reliable, reasonable and reasoned results of scientific research.

The author notes the possibility of applying the methods of non-legal sciences in the study of problems of optimizing civil proceedings. The researcher analyzes the features

© Гулик Андрій Григорович – кандидат юридичних наук, суддя Львівського окружного адміністративного суду

of the use of general legal methods and special techniques for studying civil procedural law in studying the problems of optimization civil proceedings.

Keywords: *methodology, dialectics, system approach, general legal methods.*

Проблеми методологічних засад дослідження актуальні для будь-якої системи наукового знання. Тільки застосування належних прийомів і способів вивчення явищ дійсності може забезпечити одержання науково обґрунтованих висновків, положень і гіпотез. Власне, правильно підібрані методи пізнання обумовлюють саму можливість різноаспектного дослідження предмета, виявлення всіх суттєвих його ознак, якісного прогнозу розвитку сфери, що розглядається.

Визначення методологічних засад оптимізації є необхідним кроком на шляху до створення цілісної концепції правового явища, що досліджується, до обґрунтування напрямів наступних реформ у сфері цивільної юрисдикції, переконання й доведення їх доцільності та ефективності.

У загальнофілософському сенсі під методологією (від грецького слова *methodos* – «шлях до чого-небудь» і *logos* – учення) розуміється сукупність пізнавальних засобів, методів, прийомів, використовуваних у певній науці, а також галузь знання, що вивчає засоби, передумови і принципи організації пізнавальної та практично-перетворювальної діяльності¹.

У доктринальній правовій літературі поняття «методологія» не є однозначним. На думку одних авторів, методологія являє собою організовану систему дослідницьких засобів, спрямованих на формування концептуальних схем постановки правових проблем і організації засобів їх вирішення².

Інші вчені, вбачаючи в методології необхідний компонент загальної теорії права, пропонують розуміти її як складну систему прийомів, способів пізнання предмета правової науки та розкриття закономірностей функціонування і всебічного розвитку права³.

Окремі дослідники сутність методології вбачають у способах юридичного пізнання, створення й організації юридичного знання⁴.

¹ Козюбра Н.И. Понятие и структура методологии юридической науки // Методологические проблемы юридической науки. Киев: Наукова думка, 1990. С. 8-19.

² Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01.; Уральская государственная юридическая академия. Екатеринбург, 2002. С. 11.

³ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. В 2 т. Т. 1: Элементный состав. Москва: Юридический дом «Юстицинформ», 2001. С. 365.

⁴ Скакуи О.Ф. Теория государства и права. Харьков: Консум, Ун-т внутр. дел, 2000. С. 14.

Різноманітність вихідних тверджень створює для деяких авторів можливість формування нових категорій – «методологія правових досліджень», до якої належить сукупність використовуваних засобів пізнання правових явищ, і насамперед держави і права⁵; або виокремлення методології науки як самостійної галузі правознавства чи частини загальної теорії права⁶, її отожднення з філософією⁷.

Наведені погляди свідчать про різні підходи до розуміння методології, кожен із яких відображає якусь одну із суттєвих ознак предмета, що аналізується. Це, напевно, і стало підставою для А.В. Цихоцького, який порушив питання щодо якісної відмінності методології науки цивільного процесуального права від інших систем пізнання правової дійсності.

Процесуаліст у низці своїх праць цілеспрямовано обґрунтовує, що методологія науки цивільного процесуального права – це вчення про методи пізнання цивільних процесуальних явищ, до яких належать цивільне процесуальне право та правосуддя у цивільних справах, про застосування наукових висновків правознавства під час формування основ теорії цивільного процесу, дослідження фундаментальних проблем цивільного процесуального права.

Виходячи з авторського бачення проблеми, А.В. Цихоцький пропонує під методологією науки цивільного процесуального права розуміти як вчення про застосування в цивільному процесі положень філософії, економічної теорії, теорії права, так і вчення про застосування теорії самого цивільного процесу до різних окремих випадків⁸.

На спеціальний характер предмета цивільного процесуального права звертає увагу й Д.Я. Малешин, вважаючи, що методологія цивільного процесуального права повинна ґрунтуватися на понятійно-категоріальному апараті та структурі загальнонаукової та загально-правової методології, а також характеризуватися самостійними методами дослідження⁹.

Погоджуючись із тим, що у викладених вище позиціях є певне раціональне зерно, проте, підкреслимо, що для свого подальшого розвитку підходи, що презентують методологію як самостійне вчення, повинні подо-

⁵ Цихоцький А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам: дис...д-ра юрид. наук: 12.00.03; Сибирский университет потребительской кооперации. Новосибирск, 1998. С. 132.

⁶ Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного Университета, 2001. С. 4.

⁷ Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права.. Москва: Аванта+, 2001. С. 23.

⁸ Цихоцький А.В. Цит. работа. С. 17, 157.

⁹ Малешин Д.Я. Методология гражданского процессуального права // Правоведение. 2010. № 1. С. 54.

лати певні суперечності, що містяться в них самих. Йдеться передусім про пошуки нових взаємозв'язків між предметом пізнання й методологією його вивчення. Цілком очевидно, що методологія не може існувати відокремлено від предмета свого дослідження. Справедливі в цьому зв'язку зауваження Д.А. Керимова про те, що методологія органічно пов'язана з об'єктом пізнання й безпосередньо впливає з нього¹⁰.

Крім того, важливим у контексті питань, що розглядаються, є обґрунтування можливості виокремлення специфічних для цивільного процесуального права методів, принципів, прийомів і засобів його вивчення, а також визначення місця такої методології у системі вже сформованого знання про правосуддя у цивільних справах, виявлення її співвідношення із вченнями про методи інших галузевих юридичних наук. Без вирішення поставлених проблем навряд чи правомірно говорити про самостійне значення методології науки цивільного процесуального права.

При цьому цитовані автори все ж таки єдині в думці про те, що необхідно формувати нові інструментарії пізнання правових явищ у сфері цивільного судочинства. У цьому сенсі показовими є думки дослідників, згідно з якими питання щодо методології пізнання виникає, як правило, на етапі накопичення достатньої маси теоретичних положень у тій або іншій галузі¹¹.

Поки що треба визнати, що ми перебуваємо тільки на початку такого шляху. Для цивілістичної процесуальної доктрини тривалий час був характерним лише опис окремих методів вивчення цивільного процесуального права, без їхнього глибокого осмислення.

Залишаючи, із зрозумілих причин, загальні питання формування методології науки цивільного процесуального права поза межами цього дослідження, висловимо в цій частині тільки авторські роздуми щодо методологічних засад розробки проблем оптимізації цивільного судочинства.

Як базисну сформулюємо таку тезу: пізнання оптимізації цивільного процесу не може відбутися без застосування загальнонаукових методів. Саме загальнонаукові методи у поєднанні з іншими прийомами й засобами вивчення дозволяють одержати достовірні, обґрунтовані й аргументовані результати наукового дослідження. Розкриваючи зміст даної проблеми із найзагальніших світоглядних позицій, загальнонаукові методи привносять у дослідження філософські засади осмислення предмета та його закономірностей, дають можливість більш точно визначити місце й

¹⁰ Керимов Д.А. Цит. работа. С. 32.

¹¹ Цигоцький А.В. Цит. работа. С. 125.

значення нових теоретичних положень і висновків, що формулюються, у системі вже створеного знання про цивільне процесуальне право та правосуддя у цивільних справах.

Безперечно, основоположним загальнонауковим методом є закони й діалектичний. Діалектика (від грецьк. *dialegomai* – веду бесіду, міркую) являє собою метод пізнання, що дозволяє в результаті вивчення різних аспектів явища найповніше пізнати всі його ознаки та властивості¹². Незважаючи на відомі спроби надання діалектиці всеосяжного характеру, вона залишається затребуваною як філософська теорія розвитку природи, суспільства, мислення і як заснований на цій теорії метод пізнання й перетворення світу.

Як правило, сутність діалектичного методу пізнання вбачають в аналізі різних поглядів на досліджуваний об'єкт, зіткненні двох полярних позицій. Необхідно підкреслити, що діалектичні прийоми пізнання відіграють значну роль у дослідженнях проблематики цивільного судочинства. Діалектика сприяє виявленню всього різноманіття підходів до цивільної процесуальної діяльності, протилежних поглядів на особливості її здійснення. Аналіз дає змогу відстежити весь шлях безперервного розвитку цивільної процесуальної форми та дати належну оцінку умовам сучасного функціонування цивільного судочинства.

Використання діалектичного аналізу під час вивчення проблем оптимізації цивільного судочинства є важливим в аспекті визначення сучасного стану судової реформи в нашій країні, нових завдань, покладених на судову систему й цивільне судочинство, оцінки ефективності організації правосуддя у цивільних справах, можливостей його удосконалення через оптимізацію судових процедур і правил. Застосування діалектичного методу може сприяти формуванню нового знання про масштаби допустимої оптимізації цивільного судочинства, зокрема у світлі подальшої європеїзації вітчизняного цивільного процесу.

Поряд із діалектичним аналізом велике значення в дослідженнях цивільної процесуальної проблематики мають такі закони діалектики, як: перехід кількісних змін у якісні і навпаки, єдність і боротьба протилежностей, заперечення заперечення, діалектика цілого й частини, загального й особливого, а також загальнонаукові методи об'єктивності та всебічності пізнання предмета, руху від абстрактного до конкретного й від конкретного до абстрактного, аналізу й синтезу, дедукції й індукції,

¹² *Сырых В.М.* Метод правовой науки: основные элементы, структура. Москва: Юрид. лит., 1980. С.17-18.

порівняльного й історичного методів, а також інші філософські прийоми, сформовані в системі сучасного світогляду й наукового знання.

Ці методи, на думку Д.Я. Малешина, дозволяють уникнути зведення наукових досліджень до коментування законів і практики їх застосування. За їх допомогою здійснюється аналіз ефективності правової норми в різних галузях суспільного життя, прогнозування наслідків юридичних перетворень¹³.

Наступним методом, використання якого може допомогти досягти вагомих результатів наукового дослідження, є системний. Роль системного підходу під час аналізу цивільного судочинства безперечна. Системність відображає насамперед характерні ознаки цивільних процесуальних правовідносин. Застосування даного методу дає змогу побачити в кожному об'єкті дослідження своєрідну цілісну систему, визначити властиві тільки для неї елементи, виявити її структуру й пізнати закономірні взаємозв'язки її елементів. Отримані при цьому висновки – необхідний крок на шляху формування логічно завершеного знання щодо предмета, який вивчається.

Значення системного аналізу в дослідженні проблем оптимізації цивільного судочинства полягає в тому, що він дає можливість обґрунтувати структуру оптимізації, визначити її основні елементи, простежити за змінним характером їх взаємозв'язків. У підсумку це дозволяє сформулювати низку принципово нових теоретичних положень, що стосуються цивільних процесуальних інститутів і стадій, нових напрямів їх розвитку.

В юридичній літературі останнім часом звертається увага на важливість застосування в дослідженнях правової сфери такого загальнонаукового методу як діяльнісний підхід. На думку Д.Я. Малешина, особливе значення цей метод має під час вивчення цивільного процесуального права. Оскільки будь-яка діяльність складається з певних елементів, то досліджуваний об'єкт повинен вивчатися з урахуванням цих елементів. Діяльність потрібно розглядати у двох аспектах: як предмет об'єктивного наукового вивчення і як пояснювальний принцип. Предметом наукового вивчення є діяльність щодо здійснення правосуддя у цивільних справах, під час пояснення якої застосовуються принципи загальної теорії діяльності¹⁴.

¹³ Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2011. С. 11.

¹⁴ Малешин Д.Я. Особенности российского типа гражданского процесса // Труды юридического факультета. Кн. 10 / Отв. ред. Губин Е.П. Москва: Правоведение, 2008. С. 23.

Погоджуючись із наведеною думкою, зазначимо, що діяльнісний підхід дозволяє підходити до дослідження проблем оптимізації цивільного судочинства з позицій усталених уявлень про особливості його стадій, циклів і проваджень, послідовність здійснення цивільних процесуальних дій, їх сутність, а також характер дії норм цивільного процесуального права.

У доктринальній правовій літературі дедалі частіше зазначається можливість застосування у цивільних процесуальних дослідженнях методів неюридичних наук. У вітчизняній процесуальній доктрині методи неюридичних наук широко використовував М.П. Курило. Аналізуючи проблеми єдності цивілістичного процесу, автор зазначав, що застосування методу економічного аналізу, соціологічних, політологічних і соціокультурних прийомів і способів як методів дослідження неюридичних наук сприяло розробці додаткової аргументації й обґрунтування доцільності уніфікації порядків розгляду правових спорів на основі цивільної процесуальної форми; доктрини доступності правосуддя і її елементів; впливу судових процедур на стан економічного базису держави; нових аспектів аналізу необхідних перетворень, і зокрема з позицій права як суспільного явища й інструментарію, рецепції зарубіжної правової теорії та практики, юридичної та іншої оцінки їх наслідків для суспільства у всіх сферах його функціонування¹⁵.

Ефективність цих методів у дослідженнях цивільного судочинства, зокрема, під час аналізу проблем його оптимізації, не повинна ставитися під сумнів. Очевидний взаємозв'язок економіки та права. Будь-які перетворення в державі й суспільстві мають яскраво виражену економічну складову. І це необхідно враховувати під час їх здійснення. Судова система також потребує адекватних фінансових ресурсів. Проведена в Україні судова реформа тільки підтверджує правильність цієї тези. Нова структура судової системи, впровадження нових форм взаємовідносин між судовою владою і громадянами, наприклад, електронного судочинства, і багато інших нових процедур або можливостей вимагають вкладення коштів.

Без сумніву, застосування соціологічного й культурологічного аналізу тільки збагатить дослідження цивілістичної процесуальної доктрини. Надзвичайно важливим видається аналіз соціальних аспектів правових явищ, можливість побачити у праві за його численними характеристиками і суспільне явище. Для досягнення поставлених цілей необхідні уза-

¹⁵ *Курило М.П.* Єдність цивілістичного процесу: проблеми теорії і практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2014. С. 7.

гальнення статистичних даних, вивчення архівних матеріалів, проведення спостереження, аналіз суспільної думки.

На підставі такої інформованості можна визначити глибинні причини неефективності законодавства, а також здійснити довгостроковий прогноз того, які соціальні наслідки викличуть ті або інші зміни цивільного судочинства, зокрема оптимізація правосуддя у цивільних справах, відповідно з'явиться можливість внесення певних коректив у плани щодо реформування правової системи.

Звернення до проблеми оптимізації цивільного судочинства обумовлює використання як її методологічної основи загальноправових способів і прийомів вивчення дійсності.

Одним із найважливіших методів, який широко застосовується в юридичних дослідженнях, є формально-догматичний метод. Використання цього методу під час вивчення проблем оптимізації цивільного судочинства сприяє не тільки формуванню основних понять і категорій цього дослідження, а й розгляду цивільного судочинства в аспекті його нормативної моделі, власне, з якої тільки й може бути виявлена реальна сукупність правових норм, а також теоретичні положення, що характеризують її зміст.

Особливого значення для сучасного дослідника в умовах перманентних змін різних аспектів правової системи набуває історико-правовий метод., Відображаючи всі події, що відбулися в історії держави й права, він дає можливість уявного відтворення цілісної картини минулого, виявлення й аналізу історичних фактів у всій їх різноманітності, розуміння логіки й закономірностей розвитку права в різні періоди часу.

Метод порівняльно-правового аналізу також достатньо затребуваний у юридичних дослідженнях. Порівняльно-правові способи і прийоми дослідження правових явищ, зіставляючи особливості правових систем і беручи за основу право зарубіжних країн або його окремі норми, інститути й галузі, дають змогу виявити спільне й відмінне в різних правопорядках, переваги й недоліки тих або інших законодавчих підходів. Наслідком такого порівняння може стати не стільки огляд іноземного права, скільки глибоке з'ясування його сутності, зокрема визначення останніх тенденцій розвитку держави й права в цілому, вдосконалення на цій основі національної правової доктрини та правозастосування.

У сфері дослідження проблем оптимізації цивільного судочинства переважно повинно йтися про визначення особливостей вітчизняної цивільної процесуальної системи, типологізацію сучасного цивільного процесу, встановлення спільних і відмінних вихідних характеристик

оптимізації правосуддя у цивільних справах. Звичайно, у такому аспекті вивчення не залишаються поза науковим обґрунтуванням і питання загальних і відмінних принципів правового регулювання діяльності суду й осіб, що беруть участь у справі, окремих стадій та інститутів цивільного процесуального права.

До спеціальних методів дослідження цивільного процесуального права прийнято відносити метод аналізу й узагальнення судової практики. Очевидно, що вивчення цивільного судочинства не може відбуватися окремо від практики застосування цивільного процесуального законодавства. Справа навіть не стільки в хрестоматійній тезі, згідно з якою тільки практика є критерієм істинності будь-якого знання. Аналізуючи цивільні процесуальні правила як певну модель, важливо розуміти, як вони реалізуються в дійсності. У такий спосіб досягається мета всебічного осмислення цивільної процесуальної діяльності, і як його проміжний підсумок – установлення ефективності того або іншого законодавчого положення.

Метод аналізу і узагальнення судової практики є надійним інструментарієм вивчення проблем правозастосування, показником потреби в тих або інших цивільних процесуальних нормах, розуміння судовим корпусом новітніх напрямів у розвитку цивільного судочинства. Не виключений і зворотний зв'язок: виявляючи наявні прогалини й недоліки цивільного процесуального законодавства, учені й судді, які успішно поєднують теоретичні знання і практичний досвід, за допомогою проведених ними досліджень сформулюють такі теоретичні положення, висновки й гіпотези, які будуть затребувані законодавцем і сприйняті практикою.

Gulyk Andrii. Methodological basis for the study of the problems of optimizing civil proceedings

The article is devoted to the methodological foundations of the study of problems of optimizing civil proceedings. The author notes that only the application of appropriate techniques and methods for studying the phenomena of reality can provide scientifically based and reasoned conclusions, propositions and hypotheses. Correctly chosen methods of knowledge determine the possibility of a multi-aspect study of the subject, identify all of its essential features, without exception, and provide a qualitative forecast for the development of the sphere in question.

The concept of “methodology” is analyzed. The researcher justifies the need to form new tools of knowledge of legal phenomena in the field of civil justice.

The author argues that the knowledge of the problem of optimizing civil proceedings cannot take place without the application of general scientific methods. It is general scientific methods in conjunction with other methods and means of study that allow to obtain reliable, reasonable and reasoned results of scientific

research. Disclosing the content of the problem from the most common worldview, at the same time the philosophical beginnings of understanding the subject and its laws are introduced into the study by using of general scientific methods. This provides more accurately determine the place and significance of the new theoretical positions and conclusions in the system of already established knowledge of justice in civil cases.

The author defends the position that despite the well-known attempts to give to the dialectics a comprehensive character, today it remains in demand as a philosophical theory of the development of nature, society, and thinking.

The use of dialectical analysis in the study of the problems of optimization of civil proceedings is an important aspect in determining the current state of judicial reform in our country, as well as in defining new tasks assigned to the judicial system and civil justice and in evaluating the effectiveness of organizing justice in civil cases, and possibilities for its improvement by optimizing judicial procedures and rules. The value of the system analysis in the study of civil justice optimization problems is that it provides an opportunity substantiate the structure of optimization, highlight its fundamental elements, and trace the changing nature of their interrelationships.

The author notes the possibility of applying the methods of non-legal sciences in the study of problems of optimizing civil proceedings. The researcher analyzes the features of the use of general legal methods and special techniques for studying civil procedural law in studying the problems of optimization civil proceedings.

Keywords: methodology, dialectics, system approach, general legal methods, method of analysis and generalization of judicial practice.

УДК 341.29

Стамбульська конвенція: ризика для суспільства і сім'ї

О. В. Головкін,

*доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України*

Начальник відділу

науково-методичного забезпечення

організації роботи в органах прокуратури

Науково-дослідного інституту

Національної академії прокуратури України,

В. П. Стадник,

заступник начальника відділу

науково-методичного забезпечення

організації роботи в органах прокуратури

Науково-дослідного інституту

Національної академії прокуратури України

© *Головкін Олександр Васильович* – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, начальник відділу науково-методичного забезпечення організації роботи в органах прокуратури Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України

© *Стадник Валентина Петрівна* – заступник начальника відділу науково-методичного забезпечення організації роботи в органах прокуратури Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України

© *Чубко Тетяна Петрівна* – кандидат юридичних наук, головний науковий співробітник відділу науково-методичного забезпечення організації роботи в органах прокуратури Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України

Т. П. Чубко,

кандидат юридичних наук,
головний науковий співробітник відділу
науково-методичного забезпечення
організації роботи в органах прокуратури
Науково-дослідного інституту
Національної академії прокуратури України

Прагнення України щодо входження в європейський правовий простір зумовило необхідність звернення уваги на процес інтеграції та її види. Розглянуто особливості національного законодавства України щодо приєднання до основних конвенцій. Визначено, що свобода від насильства – одне із основних прав людини. Питання захисту від домашнього насильства у сім'ї урегульовані Конвенцією Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, яка нині не ратифікована, зумовлює потребу в більш детальному дослідженні Конвенції та причин, які перешкоджають цьому.

Ключові слова: Стамбульська конвенція, гендер, гендерна рівність, інтеграція, правова інтеграція.

Головкін А. В., Стадник В. П., Чубко Т. П. Стамбульська конвенція: ризики для общества и семьи

Стремление Украины войти в европейское правовое пространство обусловило необходимость обращения внимания на процесс интеграции и ее виды. Рассмотрены особенности национального законодательства Украины о присоединении к основным конвенциям. Определено, что свобода от насилия – одно из основных прав человека. Вопросы защиты от домашнего насилия в семье урегулированы Конвенцией Совета Европы о предотвращении насилия в отношении женщин и домашнего насилия и борьбу с этими явлениями, которая сейчас не ратифицирована, что обуславливает потребность в более детальном исследовании Конвенции и причин, которые препятствуют этому.

Ключевые слова: Стамбульська конвенція, гендер, гендерное равенство, інтеграція, правова інтеграція.

Golovkyn Oleksandr, Stadnik Valentyna, Chubko Tetajna. Istanbul Convention: risks to society and family

The desire of Ukraine to enter the world community, the European legal space, necessitated drawing attention to the integration process, and its types. The features of the national legislation of Ukraine on accession to the main conventions are considered. It is determined that freedom from violence is one of the basic human rights. Since the issue of protection against domestic violence in the family is settled by the Council of Europe Convention on the Prevention of Violence against Women and Domestic Violence and the fight against these phenomena, which has not yet been

ratified, which necessitates a more detailed study of the Convention and the reasons that prevent it.

Keywords: *Istanbul Convention, gender, gender equality, integration, legal integration.*

Інтеграційні процеси відбуваються не механічно, а через удосконалення, зближення і приведення національного законодавства відповідно до норм і стандартів правових систем. При цьому кожна держава намагається зберегти свою ідентичність. Україна визначила для себе стратегічну мету – бути повноправним членом демократичної спільноти: ООН, Ради Європи, Європейського Союзу. А це означає, що наше законодавство і правова система в цілому мають відповідати міжнародним і європейським нормам та стандартам. Проте успішність процесів інтеграції залежить від їх сприйняття системою, суспільством. Враховуючи необхідність урегулювання питань, пов'язаних з домашнім насильством, доцільно дослідити аспекти ратифікації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами.

Значну увагу науковці приділяють питанням дослідження загальних процесів інтеграції, їх форм, способів (М. Згуровський, Л. Луць, Ю. Шемшученко та ін.). При дослідженні питання профілактики насильства в сім'ї та жорстокого поведіння щодо дітей у сім'ї вчені в основному увагу зосереджували на дітях. Зокрема, І. Бандурка, В. Боровик, Т. Кир'язова, С. Тадіян вивчали проблему попередження жорстокого ставлення до дітей; В. Голіна, О. Іващенко, Г. Черепанова – основ соціально-правового захисту дітей від жорстокості; С. Айропетов, З. Зайцева, В. Железнов, І. Зверева та інші аналізували зарубіжний досвід попередження явища жорстокості щодо дітей. На європейському просторі такі суспільні відносини розглядаються з позиції запобігання насильству стосовно жінок, домашньому насильству, які в Україні малодосліджені.

Інтеграція – це об'єднання діяльності організованих спільнот людей у певних сферах, яке залежить від рішення цих людей, тобто від їх волі та прагнень. Таким чином, інтеграція – це передусім процес політичний. Люди можуть активно включатися в процеси інтеграції, бути пасивними учасниками цих процесів або зовсім відмовитися від них. Усі ці аспекти інтеграційних процесів чітко ілюструються країнами Європейського Союзу в ході побудови ними єдиного політичного й економічного простору. Найбільш характерними формами інтеграції для сучасного світу є політична, військово-політична й економічна. В історичному аспекті

різні форми інтеграції спостерігалися досить давно, особливо в політичній чи військово-політичній сферах¹.

Інтеграція в різних сферах логічно зумовлює правову інтеграцію. Як відомо, право – це динамічна система, яка змінюється під впливом реформ у суспільних відносинах, які опосередковуються правом. Отже, військова, політична або економічна інтеграція на регіональному або світовому рівні завжди супроводжується інтеграцією в правовій сфері. Це можна продемонструвати на прикладі інтеграційних процесів у європейському просторі.

Створення міжнародних судових установ і органів міжнародних організацій на території Європи стало можливим завдяки зближенню національних правових систем, налагодженню юридичних механізмів їх взаємодії, способів правової інтеграції. Йдеться передусім про інтеграцію в межах Ради Європи і Європейського Союзу.

Механізми вказаних інтеграційних процесів здійснюються через удосконалення, зближення і приведення національного законодавства відповідно до норм і стандартів правових систем, створення таким чином правової і організаційної основи співробітництва суверенних держав. Відповідні засоби правової інтеграції, визначення її способів здійснюються зацікавленими у цьому державами. Без їх участі правові інтеграційні процеси не відбуваються.

Ідея інтеграції європейських країн виникла в епоху протистояння двох військово-політичних блоків – НАТО і Організації Варшавського договору, які об'єднали навколо себе капіталістичні та соціалістичні країни відповідно.

Правова інтеграція, хоча і є загальносвітовим процесом, не виключає того, що продовжує діяти принцип державного суверенітету кожної країни, кожна країна прагне зберегти власні особливості, самобутні риси, які не бажає втрачати в ході інтеграційних процесів². Таким чином, важливо враховувати, що «характер правової інтеграції визначається, з одного боку, участю держав у справах світової спільноти, а з іншого – ступенем сприйняття сторонами тих чи інших аспектів права інших держав»³.

¹ *Згуровський М.* У вирі глобалізації: виклики і можливості // Дзеркало тижня. 2001. № 45 (369). С. 3–4.

² *Шемшученко Ю.С.* Теоретические проблемы гармонизации законодательства Украины с европейским правом // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / под. общ. ред. Е.Б. Кучко, В.В. Цветкова. Київ: Юринком Интер, 2003. С. 35–43.

³ *Макогон Б.В.* Общая характеристика процессов глобализации в правовой сфере // История государства и права. 2007. № 3. С. 2–4.

Відповідність норм національного права нормам міжнародного і європейського права виступає необхідною передумовою того, що, власне, і розуміється під терміном «правова інтеграція». Важливим способом зближення законодавства України з європейським правом є приєднання до основних конвенцій, угод, що діють в європейському просторі.

При цьому особливого значення набуває стан реального гарантування і захисту прав і свобод людини, їх відповідність загальноновизнаним міжнародним стандартам. Необхідно акцентувати увагу на тому, що саме невід'ємні, невідчужувані права і свободи людини, як свідчить досвід розвинених держав, лежать в основі принципу стримувань і противаг. Це той обмежувальний бар'єр, який не може бути подолано на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою гілками влади⁴.

Свобода від насильства є одним із основних прав людини. В Європі питання у сфері протидії насильству в сім'ї урегульовано Конвенцією Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (далі – Стамбульська конвенція). Дана міжнародна угода відкрита для підписання 11 травня 2011 року в рамках 121-го засідання Комітету міністрів Ради Європи у Стамбулі (Туреччина).

Конвенція створює всебічну правову основу захисту жінок від усіх форм насильства та спрямована на попередження та ліквідацію цього явища, а також передбачає міжнародний механізм моніторингу імплементації її положень на національному рівні. Україна стала 17-ю державою, яка долучилась до цього важливого міжнародно-правового інструмента, підписавши Стамбульську конвенцію 7 листопада 2011 року.

Декларуючи відданість демократії, а також наголошуючи, що в Україні, як правовій, соціальній державі, права людини є найвищою цінністю, держава створює правові механізми для запобігання насильству над жінками, домашньому насильству та забезпечення прав жертв. Водночас Стамбульська конвенція досі не ратифікована вищим законодавчим органом України. Як наслідок не є частиною національного законодавства.

Враховуючи зазначене, слід дослідити причини незавершеної імплементації до національного законодавства.

Як вже зазначалося, способом зближення законодавства України з європейським правом є приєднання до основних міжнародних договорів.

⁴ Козюбра М.І. Верховенство права: українські реалії та перспективи // Право України. 2010. № 3. С. 7-8.

При цьому варто акцентувати увагу, що особливістю національного законодавства України, що складається із міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є те, що норми договору не трансформуються в нові, власне національні норми України, а реалізуються самостійно, в окремих випадках – разом з внутрішньодержавним правовим актом, прийнятим у зв'язку з імплементацією міжнародного договору в правову систему держави. Таке законодавство не може змінюватися в односторонньому порядку по встановленій процедурі розгляду, прийняття і вступу в силу звичайних законів. Це обумовлено тим, що міжнародний договір є як мінімум двосторонньою угодою, його умови розробляються, підписуються і ратифікуються різними державами (нерідко із застереженнями окремої держави або декількох держав), причому ратифікація здійснюється за власною процедурою кожної держави – учасниці договору. Тож перед прийняттям рішення щодо приєднання до договору, угоди, конвенції державі, зокрема Україні, слід виявити та врахувати відмінності та особливості регулювання того чи іншого сегмента правовідносин. Оцінити їх актуальність та переваги, спрогнозувати результати, наслідки у разі урегулювання певного кола відносин. Важливе значення має формування правової свідомості громадян з орієнтацією на демократичні стандарти правових систем⁵.

На думку деяких депутатів, Стамбульська Конвенція містить окремі антихристиянські положення щодо гендерної ідеології. Конвенцією застосовуються поняття «гендер», «гендерна ідентичність», «гендерна чутливість», «сексуальна орієнтація», які виходять за межі загальноприйнятого в Україні поняття «стать» та спотворюють розуміння гендерної рівності як рівності прав жінок і чоловіків, а також сам зміст гендерної політики держави⁶.

Зазначене можна пояснити тим, що юридичні терміни, використані в Конвенції, притаманні праву ЄС, а їх використання до певного часу в Україні не було актуальним. Тобто перед ратифікацією Конвенції «має бути належно відпрацьовані юридичні поняття і терміни, усунення неточностей і двозначності, які в них нерідко зустрічаються, їхньої неповноти, підміни одним поняттям іншого тощо. Все це накладається на не

⁵ Селівон Н.Ф. Гармонизация положений национального законодательства с нормами международного права и их применение в практике Конституционного Суда Украины // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. Київ: Юринком Интер, 2003. С. 186.

⁶ Стенограма пленарного засідання Верховної Ради України 17.11.2016. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=6049.

менш складну проблему – узгодженості понять і термінів національного права та права Європейського Союзу»⁷.

Вказану неузгодженість можна проілюструвати наступним прикладом. Законом України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» гендерна рівність визначається як «рівний правовий статус жінок і чоловіків та рівні можливості для його реалізації, що дозволяє особам обох статей брати рівну участь у всіх сферах життєдіяльності суспільства»⁸. У свою чергу, Стамбульська Конвенція пропонує розуміти поняття «гендер» як «соціально закріплені ролі, поведінку, діяльність і характерні ознаки, які певне суспільство вважає належними для жінок та чоловіків»⁹. Тобто звичне для нас поняття гендерної рівності – рівності чоловіка та жінки незалежно від їх біологічної статі, яка визначається відповідно до первинних статевих ознак, підмінюється терміном «гендер». З цього визначення слідує, що людина може собі вільно обирати «гендер» та відповідну соціальну роль.

Іншим прикладом є те, що українське законодавство не містить визначення понять «гендер» та «гендерна ідентичність», хоча і використовує їх. Так, ст. 2-Закону України № 785-VIII від 12.11.2015 Кодексу Законів про працю викладена у наступній редакції: «Забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, гендерної ідентичності, сексуальної орієнтації, етнічного, соціального та іноземного походження, віку, стану здоров'я, інвалідності, підозри чи наявності захворювання на ВІЛ/СНІД, сімейного та майнового стану, сімейних обов'язків, місця проживання, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, участі у страйку, звернення або наміру звернення до суду чи інших органів за захистом своїх прав або надання підтримки іншим працівникам у захисті їх прав, за мовними або іншими ознаками, не пов'язаними з характером роботи або умовами її виконання»¹⁰.

Крім того, варто звернути увагу, що ратифікації будь-якого міжнародного договору сприятиме його попередній офіційний переклад. До того ж

⁷ *Проблемы общей теории государства и права: учебник для вузов* / под ред. В.С. Нерсесянца. Москва: Норма, 2008. С. 11.

⁸ *Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України № 2866-IV від 08.09.2005 р.* URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15>.

⁹ *Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська конвенція).* URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492

¹⁰ *Кодекс законів про працю України № 322а-08 від 10 грудня 1971 року.* URL: <http://закон.рада.gov.ua/laws/show/322-08?>

слід враховувати, що європейське право, як і будь-яке інше, – динамічна система. Тому така поінформованість громадян, суспільства повинна мати системний, постійний характер.

Отже, необхідною передумовою успішної ратифікації можна виділити: 1) наявність офіційного перекладу, 2) опрацювання юридичних понять і термінів, 3) відповідність норм національного права нормам європейського права.

Також при приєднанні до міжнародних угод варто враховувати оцінку ступеня відповідності в цілому та його окремих норм стану реальних відносин, що мають бути врегульовані. Право лише створює, стимулює або оформляє ті умови, що вже склалися. За відсутності такої підстави жодна юридична техніка не забезпечить зближення¹¹. Навпаки, на думку авторів, через неузгодженість втілення зазначених норм несе в собі правові ризики негативних наслідків. Зокрема, щодо відповідності окремим положенням ст. 51 Конституції України в частині того, що шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки та чоловіка, а не гендерного учасника і т.д.

Тож, враховуючи зазначене, варто врахувати, що певна сфера суспільних відносин, які регулюються Стамбульською конвенцією, в Україні не сформувалася, більше того, значною частиною суспільства категорично не сприймається. Так, Всеукраїнська Рада Церков і Релігійних Організацій у зверненні до Президента України від 06.08.2018 року та 10.12.2018 року висловили позицію про недоцільність ратифікації Стамбульської Конвенції через нав'язування гендерної ідеології, яка не здатна захистити жінок від насильства, проте суттєво шкодить моральним засадам та сімейним цінностям українського суспільства¹². Крім того, вони висловили застереження, що Стамбульську Конвенцію можуть використати як політичний і правовий інструмент для популяризації в українських школах і університетах нових «гендерів», що виходять за межі біологічної статі, та одностатевих стосунків – однак це було б згубним шляхом для України. Це занепокоєння обумовлюється тим, що Конвенція у ст. 14 прямо передбачає обов'язки держав-підписантів щодо навчання учнів «*нестереотипним гендерним ролям*»¹³.

¹¹ Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. 1998. № 6. С. 53–67.

¹² Звернення ВРЦіРО до Президента України про недоцільність і ризики ратифікації Стамбульської Конвенції. URL: <http://vrciro.org.ua/ua/statements/553-uccro-appeal-to-president-against-istanbul-convention>

¹³ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська конвенція). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492

Реальна реалізація міжнародного договору (Конвенції) залежить від сприйняття її суспільством. Оскільки неабияке значення має не тільки факт існування тих або інших законів, які б регулювали суспільні відносини, гарантували права людини і громадянина, а й те, наскільки ці закони реалізуються на практиці. Тобто мало проголосити право, навіть на найвищому юридичному рівні, важливо забезпечити механізми його реалізації.

Отже, ратифікація Стамбульської Конвенції Україною наразі є передчасною, оскільки: 1) відсутній офіційний переклад Конвенції; 2) існує необхідність напрацювання юридичних понять і термінів; 3) треба узгодити норми українського законодавства з нормами Конвенції, 4) **суспільство в Україні не сприймає окремі положення Конвенції.**

У разі ратифікації Конвенція стане частиною українського законодавства та введе в нього визначення поняття “гендер” та похідних від нього дефініцій. На відміну від загального уявлення про гендерну рівність (чи заборону гендерної дискримінації), як рівність виключно між чоловіком та жінкою.

Golovkyn Oleksandr, Stadnik Valentyna, Chubko Tetajna. Istanbul Convention: risks to society and family

An aspiration of Ukraine to enter the world community and the European legal space, led to the need to pay attention to the process of integration, as well as to its forms.

Compliance with the norms of the Ukrainian law to norms of International and European law is a prerequisite for what is understood by the term “legal integration”.

An important way of convergence of Ukraine’s legislation with the European law is to accede to the main conventions and International agreements in force in the European space.

At the same time, it is important to understand and preserve the Ukrainian national identity on the path to the European identity.

We can become a full member of a large European family only by building the Ukrainian national identity.

In this case, the state of real guarantee and protection of human rights and freedoms, their conformity to generally accepted international standards becomes a special value.

Freedom from violence is one of the basic human rights.

In Europe, the issue of combating domestic violence has been regulated by the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (hereinafter – the Istanbul Convention).

This international agreement is open for signature on May 11, 2011 in the framework of the 121st meeting of the Committee of Ministers of the Council of Europe in Istanbul (Turkey).

The Convention creates a complex legal framework for the protection of women from all forms of violence and aims at preventing and eradicating this phenomenon, and also provides for an international mechanism for monitoring the implementation of its provisions at the national level.

Ukraine became the 17th state that joined this important international legal instrument by signing the Istanbul Convention on November 7, 2011. However, the Istanbul Convention of Ukraine has not yet been ratified by the highest legislative body.

Taking into account the above, the authors of the study attempted to investigate the reasons for the incomplete implementation of national legislation.

In researching the issue of preventing domestic violence and ill-treatment of children in the family, scientists focused on children.

In particular, I. Bandurka, V. Borovik, T. Kiryazova, S. Tadian conducted a substantiation of the problem of the prevention of ill-treatment of children; V. Golina, O. Ivashchenko, G. Cherepanova – the allocation of the foundations of social and legal protection of children from cruelty; S. Ayropetov, Z. Zaitseva, V. Zheleznov, I. Zverev, etc., analyzed the foreign experience of preventing the phenomenon of cruelty against children.

The study concluded that the ratification of the Istanbul Convention by Ukraine is currently premature since: 1) there is no official translation of the Convention; 2) there is a need for the development of legal concepts and terms; 3) there is a need for harmonized norms of Ukrainian legislation with the norms of the Convention; 4) the Ukrainian society does not accept certain provisions of the Convention.

In case of ratification, the Convention will become part of our legislation, and will introduce into it the definition of «gender» and its derivative definitions. Unlike the general idea of gender equality (or prohibition of gender discrimination), as equality solely between man and woman.

Keywords: Istanbul Convention, gender, gender equality, integration, legal integration.

УДК 341.171

Вплив практики Суду ЄС на формування спільної імміграційної політики

Т. О. Кортуківа,
аспірант та викладач кафедри
міжнародного права та порівняльного правознавства
Київського університету права НАН України

Аналізується роль практики Суду ЄС у формуванні спільної імміграційної політики. Досліджено, що діяльність Суду ЄС в імміграційній сфері характеризується великою кількістю питань, які він розглядає та надає тлумачення, зокрема у сфері управління кордонами; візових питань; питань щодо повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають на території ЄС, тощо.

Показано, що Суд ЄС відіграє важливу роль у тлумаченні та підтримці імплементації законодавства ЄС в імміграційній сфері державами-членами ЄС.

Ключові слова: спільна імміграційна політика, управління кордонами, візова політика, повернення громадян третіх країн.

Картукова Т. А. Влияние практики Суда ЕС на формирование общей иммиграционной политики

Анализируется роль практики Суда ЕС в формировании общей иммиграционной политики. Доказано, что деятельность Суда ЕС в иммиграционной сфере характеризуется большим количеством вопросов, которые он рассматривает и предоставляет толкование, в частности в сфере управления границами; визовым вопросам; по возвращению граждан третьих стран, незаконно находящихся на территории ЕС, и тому подобное.

Показано, что Суд ЕС играет важную роль в толковании и поддержке имплементации законодательства ЕС в иммиграционной сфере государствами-членами ЕС.

Ключевые слова: общая иммиграционная политика, управление границами, визовая политика, возвращение граждан третьих стран.

Kortukova Tamara. The influence of the case law of the EU Court of Justice on the formation of a common immigration policy

The article is devoted to the analysis of the role of case law of the EU Court of Justice in the formation of a common immigration policy. In particular, the article studies that the activation of the EU Court of Justice in the immigration sphere has begun since the

© Кортуківа Тамара Олександрівна – аспірант та викладач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України

late 1990s. Today, the work of the EU Court of Justice in the immigration sphere is characterized by a large number of issues that it considers and interprets, including in the area of border management; visa issues; questions on the return of third-country nationals who are illegally staying in the EU, etc.

That is, the article demonstrates that the EU Court of Justice plays an important role in the interpretation and support of the implementation of EU legislation in the field of immigration by the member states of the EU.

Keywords: common immigration policy, border management, visa policy, return of third-country nationals.

З метою належного застосування первинного і вторинного права Європейського Союзу надзвичайно важливу роль, зокрема, при тлумаченні та нормотворчості відіграє Суд ЄС. У статті розглянуто розвиток діяльності Суду ЄС у сфері спільної імміграційної політики. Враховуючи те, що ця сфера є досить чутливою, а держави-члени ЄС тривалий час не передавали компетенцію у цій сфері до наднаціонального рівня, функціонування Суду ЄС з цих питань відносно нове. При цьому, починаючи з 2005 року Суд ЄС розглянув 56 справ саме в імміграційній сфері¹, що характеризує активізацію Суду ЄС у цьому питанні.

Незважаючи на невелику кількість справ, Судом ЄС було проінтерпретовано досить багато понять та положень актів первинного і вторинного законодавства. Тому, хоча і на сьогодні деякі вчені, зокрема А. Ланг зазначають про «судову пасивність» у сфері спільної імміграційної політики, ми доведемо важливу роль Суду ЄС при тлумаченні законодавства у цій сфері.

Серед зарубіжних науковців питанню ролі Суду ЄС у формуванні спільної імміграційної політики приділяли увагу А. Ланг, Г. Лаб'ял, М. Шейн, С. Пірс та ін. На національному рівні ця проблематика не набула поширення серед досліджень учених. Хоча глибоко аналізує питання тлумачення права Судом ЄС у межах преюдиціальної юстиції З. Макаруха та А. Фастовець. Також засади функціонування Суду ЄС досліджено у роботах В. Муравйова, І. Яворської, Т. Комарової, О. Шпаковича тощо. Проте значення Суду ЄС у розвитку спільної імміграційної політики вітчизняними вченими ще не проаналізовано.

У процесі формування спільної імміграційної політики значну роль відіграє Суд ЄС, первинною правовою основою діяльності якого була стаття 31 Договору про заснування Європейського співтовариства з вугілля та сталі від 1951 року (далі – Договір про ЄОВС), де закріплювалося, що Суд ЄС має забезпечити дотримання законодавства при тлумаченні та

¹ *Case-law* of the Court of Justice. URL: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>.

застосуванні саме Договору про ЄОВС. Правова основа діяльності Суду ЄС як інституту була створена 1957 року. Зокрема, у статті 4 Римського договору² зазначалося, що на виконання завдань Співтовариства, разом із такими іститутами, як Парламент, Рада та Комісія, діє також Суд ЄС.

Слід зазначити, що діяльність Суду ЄС на початковому етапі функціонування не була спрямована на вирішення питань спільної імміграційної політики. Важливими справами, які розглядались у рамках Суду ЄС, у той час були такі справи, як *Van Gend en Loos* 1963 року³; *Costa v. ENEL* 1964 року⁴; справа *Internationale Handelsgesellschaft* 1970 року⁵ тощо. Зокрема, у цих справах Суд ЄС встановив принцип прямої дії норм права ЄС; вирішив питання колізії права між національними правовими системами держав-членів ЄС та правом ЄС; встановив верховенство права ЄС, тощо.

В імміграційній сфері на початковому етапі Суд ЄС здебільшого розглядав питання лише щодо руху робочої сили. Враховуючи те, що однією з чотирьох свобод, які діяли у ЄС з 1957 року, був вільний рух працівників, що насамперед поширювалося на громадян ЄС та частково на членів їх сімей, саме це положення було інтерпретоване Судом ЄС у той час⁶.

Натомість формування правового регулювання певних аспектів імміграційної політики на Європейському континенті у той час відбувалося під впливом рішень Європейського суду з прав людини (далі - ЄСПЛ) у рамках Ради Європи. Зокрема, першою справою в імміграційній сфері була справа *P v. Belgium* від 1961 року, в якій було вирішено, що депортація іноземця може за деяких обставин порушувати статтю 3 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі - ЄКПЛ)⁷. Відтоді значну кількість справ щодо екстрадиції, возз'єднання сімей, депортації, прав біженців тощо було розглянуто в межах ЄСПЛ.

Незначна роль Суду ЄС на початковому етапі в регулюванні імміграційних питань пояснюється тим, що головною метою створення

² *The Treaty of Rome*, 1957. URL: https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.

³ *Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>.

⁴ *Flaminio Costa v E.N.E.L.* URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>.

⁵ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>.

⁶ *Adam C.* Comparative Study of the Laws in the 27 EU Member States for Legal Immigration. // *International Migration Law*. 2009. №16. С. 19.

⁷ *Stevens J.* The case law of the European Convention on Human Rights relating to immigration, asylum and extradition // *Immigration Law Practitioners*. 1992. 245 с.

Європейського Союзу була економічна інтеграція, де імміраційні питання у Суді ЄС вирішувались відповідно лише у контексті руху робочої сили. Натомість однією із головних цілей створення Ради Європи був захист прав людини. Тому ЄСПЛ мав компетенцію вирішувати значно ширший обсяг питань в імміграційній сфері та сфері прав біженців відповідно до положень, закріплених у ЄКПЛ. При цьому С. Пірс зазначає, що практика Суду ЄС визначила те, що міжнародні договори у сфері прав людини є загальними принципами права ЄС⁸. Це означає, що ЄКПЛ є джерелом права ЄС та застосовується Судом ЄС як загальний принцип права.

Подальший розвиток діяльності Суду ЄС в імміграційній сфері відбувався за умов прийняття Шенгенської угоди від 1985 року та Регламенту Дублін від 1990 року. Проте, враховуючи, що спільна імміграційна політика ЄС набула наднаціоналізації наприкінці 1990-х років, Суд ЄС почав активніше розглядати імміграційні справи саме з цього періоду.

Значний вплив на діяльність Суду ЄС в імміграційній сфері справив Амстердамський договір 1997 року. Зокрема, відповідно до статті 73 Амстердамського договору Рада ЄС, Комісія ЄС або держави-члени ЄС могли звертатися до Суду ЄС для тлумачення питань імміграційної політики, які разом із питаннями поліцейського і судового співробітництва в цивільних та кримінальних справах та питаннями щодо політики прибутку містилися в новому Розділі III. При цьому таке звернення було неможливим у випадку, якщо рішення національних судів або трибуналів стало *res judicata*, тобто були кінцевими і не підлягали оскарженню⁹. Тобто Суд ЄС не мав наміру стати «судом останньої надії». Звернення до нього було можливе до того моменту, доки рішення національних судів або трибуналів не стануть кінцевими і не підлягатимуть оскарженню.

Сучасною правовою основою діяльності Суду ЄС є стаття 19 Договору про ЄС, статті 251-281 ДФЄС, стаття 136 Договору про Євроатом¹⁰, Статут Суду ЄС¹¹ та Процедурні правила Суду ЄС¹². Суб'єктами подачі заяв до Суду ЄС є держави-члени ЄС, інститути, фізичні та юридичні особи.

⁸ Peers S. The Amsterdam Proposals. The ILPA/MPG proposed directives on immigration and asylum // Migration Policy Group. 2000. С.1.

⁹ Due O. The Impact of the Amsterdam Treaty upon the Court of Justice // 1998. № 22. С. 62.

¹⁰ Treaty establishing the European Atomic Energy Community. URL: https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_euratom.

¹¹ Protocol 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F03>.

¹² Rules of Procedure of the Court of Justice. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012Q0929\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012Q0929(01)).

При цьому Суд ЄС має такі функції: 1) дотримання законності під час тлумачення та застосування права ЄС; 2) винесення рішень в преюдиціальному порядку за запитами національних юрисдикційних органів про тлумачення права Союзу або про дійсність актів, прийнятих інститутами. Зокрема, у статті 234 конкретизовано, що Суд ЄС може виносити приюдиціальні рішення стосовно: (а) тлумачення установчих договорів ЄС; (б) дійсності і тлумачення рішень інститутів Співтовариства; (в) тлумачення статутів органів, створених за рішенням Ради ЄС, якщо це передбачено в їх статутах¹³.

Крім того, Суд ЄС може розглядати справи про невиконання державами-членами своїх зобов'язань. Як приклад, у сфері спільної імміграційної політики можна навести порушення справи Комісією ЄС від 2017 року проти Чехії, Угорщини та Польщі за невиконання своїх зобов'язань у сфері переселення біженців, відповідно до Рішення 2015/1523¹⁴ та Рішення 2015/1601¹⁵ про запровадження тимчасових заходів у сфері міжнародного захисту на користь Італії та Греції¹⁶.

Г. Лаб'ял виділяє три функції Суду ЄС в імміграційній сфері. Зокрема, найголовнішою є функція тлумачення. Наступна функція полягає у підтримці Судом ЄС імплементації законодавства ЄС в імміграційній сфері державами-членами ЄС. Третя функція – розгляд питань щодо тлумачення або використання європейських стандартів щодо загальних принципів права та прав людини¹⁷.

Так, щодо функції тлумачення А. Фастовець зазначає, що ДФЄС наділяє Суд ЄС виключною компетенцією тлумачити право ЄС, а саме: установчі договори ЄС; акти ЄС; міжнародні угоди, укладені державами-членами ЄС без ЄС та державами, які не є членами ЄС; «неофіційні» акти незалежно від того чи мають вони пряму дію, тощо¹⁸.

¹³ *Право Європейського Союзу: навчальний посібник* / за ред. Р.А. Петрова. Київ: Істина, 2011. 376 с.

¹⁴ *Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece.* URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_239_R_0011.

¹⁵ *Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece.* URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1601>.

¹⁶ *Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland.* URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_en.htm.

¹⁷ *Labayle H.* The Influence of ECJ and ECtHR Case Law on Asylum and Immigration // European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs. 2012. 16 с.

¹⁸ *Фастовець А.* До питання про тлумачення права Європейського Союзу Судом Справедливості Європейського Союзу в межах реалізації преюдиціальної юрисдикції // Порівняльно-аналітичне право. 2015. №2. С.322.

Щодо функції імплементації законодавства ЄС в імміграційній сфері державами-членами ЄС, то відповідно до статті 228 ДФЄС, якщо Суд ЄС вважає, що держава-член не виконує своїх зобов'язань, то він вимагає від такої держави вжити необхідних заходів для виконання рішення Суду ЄС. Більше того, якщо Суд ЄС вважає, що зазначена держава-член не виконує його рішення, то він може накласти на неї штраф¹⁹. Тобто можливість застосування вищезазначених заходів є своєрідним примусовим механізмом не тільки для імплементації державами-членами законодавства ЄС, а й для виконання рішень ЄС в імміграційній сфері.

Щодо третьої функції Суду ЄС, то Г. Лаб'ял зазначає, що вона полягає в тому, щоб ставити під сумнів будь-яке тлумачення або використання європейських стандартів щодо загальних принципів права або прав людини²⁰. Зокрема, як приклад можна навести такі справи Суду ЄС, як C-411/10 та C-493/10²¹. Суд ЄС стверджував, що законодавство ЄС виступає проти застосування спростованої презумпції, згідно з якою відповідальна держава-член повинна дотримуватися основних прав ЄС.

На сучасному етапі розвитку діяльність Суду ЄС характеризується посиленням ролі у прийнятті рішень з питань спільної імміграційної політики. Проаналізувавши судову практику в імміграційній сфері, необхідно виділити сфери, в яких Суд ЄС розглядає питання щодо управління кордонами; візові питання; питання щодо повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають на території ЄС, тощо²². У цьому контексті важливо розглянути сучасні тенденції у прийнятті рішень Суду ЄС у кожній сфері.

Так, у сфері управління кордонами цікавою є справа C-444/17 від 2017 року²³. Щодо її розгляду, то варто зазначити, що принцип свободи пересування в межах Шенгенської зони означає відсутність прикордонного контролю осіб, які перетинають внутрішні кордони між державами-членами ЄС. Оскільки Франція оголосила надзвичайний стан у 2016 році, перевірки на внутрішніх кордонах відповідно до положень Шенгенського

¹⁹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>.

²⁰ Labayle H. Op. labor. C. 9.

²¹ N. S. (C-411/10) v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others (C-493/10) v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62010CJ0411>.

²² CJUE Case Law. URL: <http://www.europeanmigrationlaw.eu/en/caselaw/cjeu>.

²³ Case C-444/17: Request for a preliminary ruling from the Cour de cassation, 2017. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CN0444#document1>.

кодексу про кордони були відновлені у зв'язку з серйозною загрозою державній політиці та внутрішній безпеці.

У цьому контексті перед Судом ЄС постали такі питання. По-перше, чи є стаття 32 Регламенту № 2016/399, яка передбачає, що при відновленні прикордонного контролю на внутрішніх кордонах будуть введені відповідні положення Розділу II щодо зовнішніх кордонів, і чи можливо це тлумачити так, що прикордонний контроль, введений на внутрішньому кордоні держави-члена, може бути прирівняний до прикордонного контролю на зовнішньому кордоні у випадку перетину цього кордону громадянином третьої країни, який не має права на в'їзд. По-друге, чи обов'язково буде застосовуватися Директива 2008/115/ЄС про загальні стандарти та процедури в державах-членах щодо повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають, за умов відновлення контролю на внутрішніх кордонах.

Необхідно зазначити, що Генеральний адвокат Шпунар висловив окрему думку в цій справі і зазначив, що Директива 2008/115/ЄС повинна бути застосована до громадян третіх країн за умов відновлення внутрішніх кордонів²⁴. При цьому він зазначає, що французько-іспанський кордон не можна класифікувати як зовнішній кордон у значенні Директиви 2008/115/ЄС, позаяк він є внутрішнім кордоном. Також він тлумачить, що держава-член, відповідальна за контроль за зовнішніми кордонами, діє в інтересах усіх держав-членів ЄС, тоді як держава-член, яка вирішує відновити контроль на внутрішньому кордоні, робить це у власних інтересах.

Таким чином, держава-член повинна застосувати процедуру повернення, встановлену в Директиві 2008/115/ЄС до громадянина третьої країни, зупиненого або перехопленого у зв'язку з неправомірним перетином внутрішнього кордону, на якому був відновлений прикордонний контроль відповідно до Шенгенського кодексу про кордони.

Щодо візових питань, то важливою для розгляду є сучасна справа Суду ЄС С638/16 від 2017 року, в якій розглядалося питання про надання віз із обмеженою територіальною дією з гуманітарних міркувань або через міжнародні зобов'язання, а також розглянута концепція «міжнародних зобов'язань»²⁵.

²⁴ *Advocate General's Opinion in Case C-444/17*. URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180156en>.

²⁵ *Case C638/16 PPU XandX v. État belge*. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=193926&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1746090>.

Зокрема, у справі йдеться про можливість отримання шенгенської візи в Бельгії сім'ї з двома неповнолітніми дітьми із Сирії. Заява була подана відповідно до статті 25 Регламенту № 810/2009 (далі – Кодекс ЄС про візи)²⁶, де зазначається, що з огляду на гуманітарні міркування або міжнародні зобов'язання держава-член ЄС має надати візу з обмеженою територіальною чинністю.

Так, заявники стверджували про те, що вони змогли б відвідати Бельгію та просити притулку там. При цьому внаслідок бомбардувань та насильства в Сирії, що підтверджено світовою спільнотою, вони мають високі ризики переслідувань, що ускладнюється і переслідуваннями на релігійних засадах, внаслідок християнської віри. Крім того, заявники стверджували про те, що такі транзитні країни, як Лівія, Йорданія та Туреччина, не можуть вважатися безпечними країнами, відповідно до статті 38 Директиви 2013/32/ЄС про надання притулку, яка вимагає виключення ризиків вислання та можливості клопотання про надання притулку, і у разі отримання статусу біженця, отримати захист, відповідно до Женевської конвенції 1951 року. До того ж Лівію, Йорданію та Туреччину відповідно до статті 35 вищезазначеної Директиви не можна кваліфікувати як «перші країни притулку» через неможливість забезпечення ними принципу невислання та ненадання достатнього захисту. Ці обставини не дають підстав сумніватись у праві щодо клопотання про надання притулку у Бельгії, проте виникають сумніви щодо зобов'язань відповідно до Кодексу ЄС про візи.

Таким чином, перед Судом ЄС постало два питання. По-перше, чи закріплені «міжнародні зобов'язання» у статті 25 Кодексу ЄС про візи, охоплюють усі права, гарантовані Хартією основних прав ЄС від 2000 року²⁷, включаючи, зокрема, і закріплені у статтях 4 та 18, а також зобов'язання, закріплені у Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 1950 року²⁸ та статті 33 Женевської конвенції від 1951 року. По-друге, чи необхідно видавати візу з обмеженою територіальною дією, відповідно до статті 25 Кодексу ЄС про візи, у випадках, зокрема, виявлення ризику порушення статті 4 та/або 18 Хартії основних прав ЄС чи іншого «міжнародного зобов'язання».

²⁶ *Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009R0810>.

²⁷ *Charter of fundamental rights of the European Union, 2000*. URL: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.

²⁸ *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

Щодо першого питання Суд ЄС вирішив, що стаття 25 Кодексу ЄС про візи, що містить формулювання положення «міжнародні зобов'язання», повинна тлумачитися стосовно саме процедури отримання візи на підставі гуманітарних міркувань та прийняття рішення стосовно такої заяви.

Щодо другого питання, то стаття 25 Кодексу ЄС про візи повинна тлумачитися як така, що держава-член, до якої звернувся громадянин третьої країни, має видати візу з обмеженою територіальною дією з гуманітарних причин, якщо є серйозні підстави вважати, що відмова у видачі є прямим наслідком порушення статті 4 Хартії основних прав ЄС, позбавивши громадянина третьої країни правового шляху здійснення свого права клопотати про міжнародний захист у цій державі-члені. При цьому факт того, що громадянин третьої країни не має сімейних зв'язків або зв'язків іншого характеру з певною державою-членом, не повинно впливати на цю відповідь²⁹.

Таким чином, справа Суду ЄС C638/16 від 2017 року є надзвичайно важливою в розвитку правового регулювання надання короткострокових віз. В ній вперше тлумачиться поняття «міжнародні зобов'язання» у контексті статті 25 Кодексу ЄС про візи. Застосування «міжнародних зобов'язань» у світлі цієї статті повинно відбуватися саме до процедури отримання візи на підставі гуманітарних міркувань та прийняття рішення стосовно такої заяви. Також у справі тлумачиться те, що візу з обмеженою територіальною дією у межах статті 25 Кодексу ЄС про візи необхідно видавати у випадках, зокрема, виявлення ризику порушення статті 4 та/або 18 Хартії основних прав ЄС чи іншого «міжнародного зобов'язання».

Слід зауважити, що у сфері повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають на території ЄС, Суд ЄС розглянув найбільшу кількість питань. Зокрема, вони стосувались максимального строку тримання під вартою (C-357/09); санкцій щодо порушення порядку повернення (C-329/11); порушення права на захист (C-383/13) тощо. При цьому лише щодо однієї справи C-456/14 Суд ЄС встановив відсутність компетенції для розгляду.

Цікавою для розгляду є справа C-38/14³⁰ від 2015 року. Зокрема, у ній Суд ЄС розтлумачив, що держави-члени не можуть накладати штраф на громадян третіх країн, які незаконно перебувають на їхній території, замість їх повернення. Такі заходи суперечать цілям Директиви 2008/115/

²⁹ *Affaire C638/16 PPU X, X contre État belge*. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187561&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&oc=first&part=1&cid=312343>.

³⁰ *Case C38/14*. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163877&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1597929>.

ЄС про спільні стандарти та процедури в державах-членах щодо повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають на їхній території.

Суд зазначив, що мета Директиви 2008/115/ЄС – це запровадити ефективну політику повернення та репатріації. Тому, якщо громадяни третьої країни не виїхали з території держави-члена ЄС після того, як щодо них було прийнято рішення про повернення, держава-член повинна вжити усіх заходів для видалення особи без затримки. При цьому в Директиві 2008/115/ЄС немає положень про створення механізму, який дозволяє використовувати штраф замість видалення. Тому важливим є тлумачення Суду ЄС щодо Директиви 2008/115/ЄС у контексті того, що штраф не може замінити видалення особи, адже це суперечить положенням вищезазначеної Директиви.

Щодо ефективності діяльності Суду ЄС в імміграційній сфері, то М. Шейн зазначає, що його роль є важливою у формуванні політики, при цьому він визначає ефективність законодавства у сфері імміграційного контролю³¹.

А. Ланг наголошує на так званій «судовій пасивності» (*judicial passivism*), яка проявляється у випадках, коли Суд ЄС умисно не застосовує свою владу в справах, у яких він міг би її застосувати. Так, «судова пасивність» розуміється у широкому та вузькому сенсі³². У вузькому сенсі вона означає невіршення справи по суті за умови відсутності юрисдикції Суду ЄС. У широкому ж сенсі «судова пасивність» полягає у визнанні юрисдикції Суду ЄС, проте вирішенні справи по суті з відхиленням від теологічного тлумачення, тобто, як зазначає Б. Малишев, тлумачення, що передбачає з'ясування змісту норм права за допомогою її мети³³. У будь-якому випадку «судова пасивність» є свідомим рішенням Суду ЄС не вирішувати справу відповідно до чіткого формалістського підходу.

Проте, враховуючи аналіз вищезазначених справ, які розглянув Суд ЄС, необхідно відмітити його значний вплив на тлумачення законодавства ЄС у сфері спільної імміграційної політики. Суд ЄС визнав компетенцію та розтлумачив значну кількість питань у сфері спільної імміграційної політики, зокрема питання щодо управління кордонами; візові

³¹ Schain M. The State Strikes Back: Immigration Policy in the European Union // The European Journal of International Law. 2009. № 1. P.97.

³² Bruycker P. Conflict and Compromise between Law and Politics in EU Migration and Asylum Policies // Odysseus Annual Conference. 2018. 86 с.

³³ Малишев Б. Телеологічний спосіб тлумачення норм права: загальнотеоретичні аспекти // Наука і практика. 2011. №10. С. 8.

питання; питання щодо повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають на території ЄС, тощо.

Враховуючи те, що спільна імміграційна політика ЄС почала формуватися наприкінці 1990-х років, активізація діяльності Суду ЄС у зазначеній сфері розпочалась саме з цього періоду. На сьогодні Суд ЄС відіграє важливу роль у тлумаченні та підтримці імплементації законодавства ЄС в імміграційній сфері державами-членами ЄС. Це проявляється у великій кількості питань, які він розглядає та надає тлумачення, зокрема у сфері управління кордонами; візових питань; питань щодо повернення громадян третіх країн, які незаконно перебувають на території ЄС, тощо. Враховуючи останні тенденції діяльності Суду ЄС, говорити про «судову пасивність» Суду ЄС не можна.

Kortukova Tamara. The influence of the case law of the EU court of justice on the formation of a common immigration policy

The article is devoted to the analysis of the role of case law of the Court of Justice of the European Union in the formation of a common immigration policy. In particular, the article studies that the activation of the Court of Justice of the EU in the immigration sphere has begun since the late 1990s.

The current legal basis for the functioning of the Court of Justice of the EU is Article 19 of the Treaty on European Union, Articles 251-281 of the Treaty on functioning of the European Union, Article 136 of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community, the Statute of the Court of Justice of the EU and the Rules of Procedure of the Court of Justice of the EU. Thus, after analyzing the above-mentioned documents, it can be noted that the subjects of submission of applications to the Court of Justice of the EU are EU Member States, institutions, individuals and legal entities.

Despite a small number of cases, the EU Court has interpreted quite a lot of concepts and provisions of acts of primary and secondary legislation, as demonstrated in the article. Therefore, although today, some scholars point out «judicial passivity» in the field of common immigration policy, in this article we argue the important role of the EU Court in interpreting legislation in this area.

Today, the work of the EU Court in the immigration sphere is characterized by a number of issues, including in the area of border management; visa issues; questions on the return of third-country nationals who are illegally staying in the EU, etc.

Inter alia, the article analyzes cases in the field of border management, namely, case C-444/17. With regard to visa issues, the current case of the Court of Justice 638/16 of 2017 is important for consideration. At the same time, the EU Court considered the largest number of cases in the field of the return of third-country nationals who are illegally staying in the EU. In particular, they concerned the maximum period of detention (C-357/09); sanctions for a violation of the return procedure (C-329/11); violation of the right to protection (C-383/13), etc. At the same time, in the case of C-456/14 alone, the Court of Justice ruled out the lack of jurisdiction for review.

That is, the article demonstrates that the EU Court plays an important role in the interpretation and support of the implementation of EU legislation in the field of immigration by the member states of the EU.

Moreover, in the process of the establishment of the common immigration policy of the European Union, not only the practice of the Court of Justice plays an important role, but also the decisions of the European Court of Human Rights affect the establishment of common standards in the field of common immigration policy.

Keywords: common immigration policy, border management, visa policy, return of third-country nationals.

УДК 341.123

Загальні засади проведення миротворчих операцій ООН

О. В. Кресін,

доктор юридичних наук, доцент,
член–кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Розглянуті питання щодо визначення миротворчих операцій ООН, критеріїв можливості проведення успішних миротворчих операцій, що висуваються нині, процесуальних норм щодо їх проведення. Аналізуються наявні класифікації миротворчих операцій, докладно висвітлюється їх історична класифікація на покоління у різних контекстах. Визначаються найважливіші тенденції розвитку миротворчості ООН.

Ключові слова: Організація Об'єднаних Націй, миротворча діяльність, миротворча операція.

Кресін А. В. Общие основания проведения миротворческих операций ООН

Рассмотрены вопросы определения миротворческих операций ООН, критериев возможности проведения успешных миротворческих операций, предъявляемых ныне, процессуальных норм относительно их проведения. Анализируются имеющиеся классификации миротворческих операций, подробно освещается их исто-

© Кресін Олексій Веніамінович – доктор юридичних наук, доцент, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, керівник Центру порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

рическая классификация на поколения в различных контекстах. Определяются важнейшие тенденции развития миротворчества ООН.

Ключевые слова: Организация Объединенных Наций, миротворческая деятельность, миротворческая операция.

Kresin Oleksiy. General Bases for Carrying out the UN Peacekeeping Operations

The article deals with the definition of the UN peacekeeping operations, the criteria for conducting successful peacekeeping operations, which are being put recently, and the procedural rules for conducting them. The existing classifications of peacekeeping operations are analyzed, their historical classification for generations is described in detail in different contexts. The most important tendencies of the UN peacekeeping development are determined.

Keywords: United Nations, peacekeeping, peacekeeping operation.

Агресія Російської Федерації проти України та необхідність ефективної протидії їй з метою відновлення територіальної цілісності держави актуалізували дослідження проблем міжнародно-правового механізму здійснення миротворчої діяльності. Саме вона розглядається Україною та нашими зарубіжними партнерами як одна з ефективних відповідей на російську агресію.

Миротворчі операції є одним з ключових елементів миротворчої діяльності, який, проте, досі не має загальноприйнятого **визначення**. На початку 1980-х років заступник Генерального Секретаря Б. Уркварт визначив операції з підтримання миру як використання військового персоналу й угруповань як механізму припинення ворожнечі й буфера між конфліктуючими сторонами, передумову для припинення воєнних дій конфліктуючих сторін і механізм угоди про припинення вогню¹. Залишається погодитися із сучасними авторами в тому, що таке визначення не охоплює всі функції, що покладаються нині на такі операції². «Загальна доктрина» 2008 р. визначає операції на користь миру (peace operations) як «польові операції, розгорнуті з метою попередження, менеджменту та / або вирішення насильницьких конфліктів чи зменшення ризику їх відновлення»³.

Сучасний український вчений С.Д. Білоцький визначає миротворчість як «військово-політичну й економічну діяльність цивільного і військового персоналу, контингентів збройних сил, здійснювану відповідно до мандата міжнародної універсальної (ООН) або регіональної організації

¹ Шелудченко А, Волошин М. Діяльність ООН з підтримання міжнародного миру і безпеки // Правові системи. 2016. № 1/2. С. 83.

² Там само. С. 83 – 84.

³ United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines. United Nations, 2008. P. 98. URL: https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/peacekeeping/en/capstone_eng.pdf

(ОБСЄ, НАТО, ОАД і ін.) і спрямовану на запобігання, вирішення або постконфліктне врегулювання між- або внутрішньодержавних спорів, припинення конфліктів, у тому числі із застосуванням силових методів з метою безпеки, стабільності й усунення загрози миру»⁴.

Ми згодні із сучасною дослідницею К. Кенкель, яка вказує на неточність і плутанину в термінології, пов'язаній з миротворчими операціями. Вона вважає, що найбільш точним і відповідним терміном, родовою категорією для них є «операції на користь миру» (peace operations). Натомість «операції з підтримання миру» (peacekeeping operations) є лише одним з видів таких операцій, відповідних першому поколінню мирних операцій, які передбачали, що мир уже досягнутий; такий термін відповідає лише незначній частині сучасних операцій і не включає примус до миру (peace enforcement) і миробудівництво (peacebuilding)⁵. Додамо: якщо в англійській мові традиційним родовим поняттям у цій сфері є «операції з підтримання миру», то в українській мові таким же невдалим і неточним родовим поняттям є «миротворчі операції». Окрім того, К. Кенкель вказує на невідповідність термінів «місія» та «операція», родовий характер другого терміна⁶.

Нормативне забезпечення миротворчих операцій в умовах «холодної війни» розвивалося повільно. Ст. 42 Статуту ООН загально говорить про «дії повітряними, морськими або сухопутними силами, які виявляться необхідними для підтримки або відновлення міжнародного миру й безпеки», називаючи їх також операціями, серед яких можуть бути демонстрація сили, блокада та інші, тобто перелік є відкритим.

Критерії, які мають враховуватися при ухваленні рішення щодо проведення нової миротворчої операції ООН, чи не вперше було сформульовано у заяві Голови РБ від імені РБ S/PRST/1994/22 від 3 травня 1994 р.: 1) чи існує ситуація, продовження якої може поставити під загрозу або вже становить загрозу міжнародному миру та безпеці; 2) чи існують регіональні чи субрегіональні організації та органи і чи готові та спроможні вони допомогти у вирішенні ситуації; 3) чи припинено вогонь і чи сторони віддані мирному процесу, спрямованому на досягнення політичного врегулювання; 4) чи існує чітка політична мета і чи її можна відобразити в мандаті; 5) чи можна сформулювати чіткий мандат для операції ООН; 6) чи можна забезпечити безпеку персоналу ООН, зокрема чи

⁴ Білоцький С.Д. Міжнародно-правове регулювання співробітництва регіональних організацій колективної безпеки з ООН (на прикладі миротворчих операцій НАТО в Південно-Східній Європі): автореф. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. С. 6.

⁵ Kenkel K.M. Five generations of peace operations: from the “thin blue line” to “painting a country blue” // Revista Brasileira de Política Internacional. 2013. Vol. 56, Iss. 1. P. 123.

⁶ Там само. Р. 123. Див. також: Бруз В.С. ООН і врегулювання міжнародних конфліктів. Київ: Либідь, 1995. С. 23.

можна отримати розумні гарантії від основних сторін щодо безпеки персоналу ООН⁷.

Також у «Доповіді Брахімі» 2000 р. було запропоновано мінімальні вимоги щодо розгляду в РБ звернень держав щодо проведення миротворчих операцій: 1) можливість забезпечення присутності консультантів-спостерігачів під час мирних переговорів; 2) забезпечення відповідності мирних угод міжнародним стандартам у галузі прав людини і нормам гуманітарного права; 3) завдання ООН мають бути досяжні в оперативному сенсі (з відповідальністю місцевих сторін за їх підтримку) і сприяти усуненню джерел конфліктів чи створювати можливості для того, щоби цим зайнялися інші актори⁸.

У рішенні Політичного комітету Секретаріату ООН «Процес планування інтегрованої місії ООН» 2006 р. вказувалося на умови, які мають бути враховані при ухваленні рішення щодо миротворчої операції: припинення вогню і прагнення сторін до миру. У «Загальній доктрині» 2008 р. ці умови визначено так: відданість сторін пошуку миру, позитивна регіональна участь, повна і однозначна підтримка РБ, чіткий і реалістичний мандат, забезпечений достатніми ресурсами⁹. У виступі Генерального секретаря на засіданні РБ з ініціативою «Акція для підтримання миру» від 28 березня 2018 р. серед таких умов названі: наявність передумов для операції у країні, наявність фінансування, неможливість суто політичного рішення конфлікту, можливість формулювання чіткого і вузького за своїми завданнями мандату РБ¹⁰.

Загальні *координаційні вимоги* до миротворчих операцій було сформульовано у 2006 – 2008 рр. Зокрема, давня і багато разів висловлена вимога щодо координації структур ООН під час здійснення миротворчих операцій втілилася в ідеї інтегрованої операції ООН. У Стратегії реформ «Мирні операції – 2010», викладеній у доповіді Генерального секретаря 24 лютого 2006 р. (А/60/696), та рішенні Політичного комітету Секретаріату ООН від 13 липня 2006 р. «Процес планування інтегрованої місії ООН» висунуто вимогу інтеграції зусиль структур ООН та інших організацій і країн з метою підвищення ефективності миротворчої діяльності та економного використання ресурсів¹¹. Доповідь Генерального

⁷ *United Nations Peacekeeping Operations...* P. 47 – 48.

⁸ Доклад Группы по операциям ООН в пользу мира. А/55/305-S/2000/809. URL: <https://undocs.org/ru/A/55/305>

⁹ *United Nations Peacekeeping Operations...* P. 49 – 51.

¹⁰ *Secretary-General's remarks to Security Council High-Level Debate on Collective Action to Improve UN Peacekeeping Operations.* 28 March 2018. URL: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-03-28/secretary-generals-remarks-security-council-high-level-debate>

¹¹ “Peace operations 2010” reform strategy (excerpts from the report of the Secretary-General) <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/peacekeeping/en/po2010.pdf>; *United Nations Peacekeeping Operations...* P. 53 – 56.

секретаря «Мирне будівництво і збереження миру» 2018 р., прийнята до відома ГА і РБ, висуває до миротворчих операцій вимогу «вирішити проблему роз'єднаності зусиль шляхом переходу до єдиного комплексного компонента миру і безпеки».

У «Загальній доктрині» 2008 р. під інтегрованою операцією розуміється партнерство між багатовимірною миротворчою операцією ООН і країною командою ООН (UNCT – засновані на основі прецедентного рішення у Резолюції ГА 53/92 1998 р.¹², існують у всіх державах, де реалізується діяльність ООН у сфері підтримки розвитку, безпеки, відновлення, спрямовані на координацію зусиль та спільне ухвалення рішень, і складаються з представництв у державі всіх організацій, агенцій, проектів системи ООН, а також Світового банку і Міжнародного валютного фонду), засноване на спільному баченні всіма акторами ООН стратегічних цілей присутності ООН на рівні держави¹³.

Така інтегрована операція має очолюватися спеціальним представником Генерального секретаря і заступником спеціального представника Генерального секретаря (він же координатор-резидент країни команди і гуманітарний координатор). Перший в інтегрованій операції відповідає за всю діяльність ООН щодо країни, координацію всіх програм, а другий – за координацію гуманітарних операцій та програм розвитку, зв'язки з урядом та іншими акторами в державі, донорами та ін. Країнна команда ООН у більшості випадків постійно присутня в країні задовго до розгортання миротворчої операції ООН і відповідальна за підтримку процесу довготривалого відновлення після завершення миротворчої операції. У деяких випадках до чи паралельно з миротворчою операцією ООН може бути також розгорнута спеціальна політична місія ООН чи офіс з підтримки миробудівництва¹⁴.

Процес здійснення миротворчих операцій також було докладно унормовано лише нещодавно. Зокрема, «Доповідь Брахімі» 2000 р. запровадила орієнтовні нормативи щодо розгортання миротворчих операцій: традиційні операції – протягом 30 днів і комплексні – протягом 90 днів.

Основні ж норми у цій сфері викладено у «Загальній доктрині» 2008 р. Зокрема, під час розгляду питання щодо нової миротворчої місії передбачено консультації між державами, Секретаріатом ООН, сторонами конфлікту, регіональними акторами, потенційними державами-контрибуторами. Також Генеральний секретар може вирішити здійснити стратегічну оцінку ситуації (консультації та їх аналіз, пропонувані пріоритети і

¹² *The causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa. Resolution 53/92 adopted by the General Assembly December 7, 1998. URL: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/92*

¹³ *United Nations Peacekeeping Operations...* P. 69.

¹⁴ Там само. P. 69, 86 – 87, 96.

рішення). За наявності безпечних умов Секретаріат ООН має розгорнути місію технічної оцінки у країні, де відбувається конфлікт, а на основі висновків і рекомендацій цієї місії Генеральний секретар робить доповідь РБ, пропонуючи варіант і деталі проведення операції¹⁵.

«Загальна доктрина» передбачає три стадії проведення миротворчої операції ООН: запуск, виконання мандату, перехідний період (передання, вихід, ліквідація).

1. Протягом стадії запуску операція має досягти первинної операційної спроможності (структури та сервіси), а згодом повної операційної спроможності для початку реалізації мандату в усіх сферах і на всій території, передбачених мандатом. Умовні стадії, що можуть пересікатися: а) перед-розгортання (відповідальність Центральних установ – бюджетний процес, візити до країн-контрибуторів військ і поліції для оцінки готовності, переговори щодо статусу операції і статусу угод щодо військових сил, мобілізація стратегічних активів для розгортання, проведення тендерів по основних угодах щодо товарів і послуг для місії); б) швидке розгортання (розгортання невеликої передової команди для започаткування приміщень місії та іншої необхідної інфраструктури та адміністративних систем – щоби уможливити приймання великої кількості апарату та контингентів); в) заснування штабу місії (прибуття керівництва місії, формування адміністративної та командної вертикалей, прибуття персоналу, заснування офісів зв'язку, логістичних центрів); г) функціональний компонент і запуск польових офісів (паралельно із заснуванням штабу місії – координоване заснування цивільних, поліцейських і військових підрозділів та призначення їх керівництва, секторальних штабів та польових офісів операції). Паралельно з усім цим мають вестися переговори із сторонами з метою забезпечити безперервність мирного процесу. Орієнтиром при цьому залишаються терміни, встановлені у «Доповіді Брахімі» (30 днів після ухвалення мандату Радою Безпеки ООН для традиційної операції та 90 днів – для багатомісній), але уточнюється, що протягом цього часу має бути розгорнуто перші елементи операції.

2. Протягом фази виконання мандату мають реалізовуватися завдання, визначені у мандаті РБ, і досягатися цілі, встановлені у плані операції.

3. Перехідний період починається згідно з рішенням РБ, включає передання всіх завдань, які ще залишилися, та відповідальності партнерам (уряду країни чи іншим міжнародним організаціям), виїзд персоналу операції, ліквідацію активів та інфраструктури операції¹⁶.

¹⁵ *United Nations Peacekeeping Operations...* P. 48 – 49.

¹⁶ Там само. P. 61 – 65.

Орієнтовними ключовими критеріями для визначення того, чи консолідація мирного процесу досягла рівня, достатнього для передання відповідальності місії уряду держави чи іншій міжнародній організації, згідно із «Загальною доктриною», є: а) відсутність насильницького конфлікту і масштабного порушення прав людини, повага до прав жінок і меншин; б) завершення роззброєння, демобілізації та реінтеграції колишніх комбатантів та прогрес у відновленні чи створенні державних установ, відповідальних за безпеку; в) спроможність національних збройних сил та національної поліції підтримувати безпеку та публічний порядок під цивільним наглядом та з повагою прав людини; г) прогрес щодо запровадження незалежних та ефективних судової та пенітенціарної систем; д) відновлення державної влади та основних послуг по всій країні; е) повернення та реінтеграція переміщених осіб без суттєвих порушень чи конфліктів на територіях повернення; є) успішне формування легітимних політичних інститутів слідом за проведенням вільних та чесних виборів з рівним правом голосу та доступу до державних посад жінок й чоловіків. Ці віхи мають уточнюватися і встановлюватися для кожного випадку окремо¹⁷.

Класифікації миротворчих операцій ООН

Єдиної класифікації миротворчих операцій ООН немає. Наприклад, на офіційному сайті ООН пропонується поділ миротворчих операцій на ті, що передбачають застосування сили на тактичному рівні з санкції Ради Безпеки й згоди країни, що приймає, і/чи основних сторін конфлікту, та операції з примусу до миру, що не вимагають згоди основних сторін і допускають застосування збройних сил без санкції Ради Безпеки¹⁸.

На думку Р.А. Воробйова, миротворчу діяльність можна умовно розділити на два основні види: 1) без використання збройних сил (якщо загрозу міжнародному миру та безпеці Радою Безпеки ще не встановлено – направлення військових спостерігачів та ін.); 2) з використанням збройних сил; 3) комбінований вид (зокрема, з використанням і військового, і цивільного персоналу). Але вказані види діяльності можливі й на різних стадіях врегулювання одного конфлікту¹⁹.

Поширеною є й *історична класифікація миротворчих операцій ООН на покоління*. Зокрема, на офіційному сайті ООН виокремлюються п'ять основних періодів: 1) до 1988 р. (миротворчість була спрямована на забезпечення дотримання угод про припинення вогню, стабілізацію обстановки, створення передумов для політичних зусиль з мирного врегулювання конфліктів; операції здійснювалися малочисельними неозброє-

¹⁷ United Nations Peacekeeping Operations... P. 88 – 89.

¹⁸ Офіційний сайт ООН. URL: www.un.org Див. також: Бруз В.С. Цит. праця. С. 27.

¹⁹ Воробйов Р.А. Класифікація видів миротворчої діяльності // Наук. вісник Херсонського держ. ун-ту. Серія Юрид. науки. Вип. 6. Т. 2. 2015. С. 36 – 37.

ними й легко озброєними військовими, завданням яких були спостереження і контроль); 2) 1989 – 1994 рр. – різке зростання кількості й масштабу операцій; 3) 1995 – 2000 рр. – період кризи – нездатність ООН надати широкий мандат та достатні ресурси для операцій, обмеження їх кількості й переосмислення їх засад; 4) 2000 – 2010 рр. – перехід до багатопланових операцій, що передбачали не лише припинення військових дій, а й формування основ для сталого миру; збільшення залучення у внутрішньодержавні конфлікти та громадянські війни; зростання цивільного й поліцейського елементів; 5) з 2010 р. – консолідація миротворчої діяльності, зниження кількості персоналу, зростання ролі поліцейських²⁰.

К. Кенкель, чию періодизацію ми взяли за основу, виокремлює п'ять умовних поколінь миротворчих операцій, кожне з яких мало свій вирішальний чинник, що відокремлював його від попередніх поколінь. Окрім конкретних змін у мандатах і завданнях, розвиток тут концентрувався навколо таких чинників: стан дискусії щодо суверенітету й інтервенції та похідні зміни у повноваженні використовувати військову силу; ставлення ООН до конфліктів, яке варіювалося від реактивного до проактивного, і бачення типу миру чи форми вирішення конфлікту; конкретні мандати та завдання, що випливають із цих чинників; актори, які потрібні для виконання мандату. Дослідниця вказує також дещо відмінний перелік із трьох основних чинників: рівень сили, використовуваний військовим компонентом операцій; тип і обсяг завдань, виконуваних цивільним компонентом; у випадку з більш пізніми операціями – зростання розподілу повноважень між ООН і регіональними організаціями.

Також кожне покоління має розглядатися у зв'язку із зміною в природі конфліктів, тлумаченням основоположних принципів миротворчих операцій, ширшими теоретичними проблемами міжнародних відносин, акцентованими на кожному історичному етапі. «Загально кажучи, крізь покоління мирні операції ООН рухалися від реактивної позиції, спрямованої на замороження чи полегшення конфлікту до проактивної, спрямованої на вплив на його результат. Крім того, зміни в природі конфлікту – насамперед від міждержавних до внутрішніх конфліктів – суттєво зменшили моральний ефект присутності ООН, привели до зростання використання сили для виконання мандатів, перш за все гуманітарних»²¹.

До миротворчої діяльності першого покоління К. Кенкель відносить превентивну дипломатію та операції з підтримання миру. Характерними рисами операцій з підтримання миру є такі: миротворці залучалися тоді, коли поставало завдання забезпечити спостереження за припиненням вогню або щодо роз'єднання сил сторін (буферні зони, моніторинг кордо-

²⁰ Офіційний сайт ООН.

²¹ *Kenkel K.M.* Цит. праця. Р. 123, 125.

нів, демілітаризовані зони) за наявності перемир'я між ними; миротворці не повинні були відповідати вогнем на вогонь; вони вели спостереження на місцях і давали оцінку дотримання угод про припинення вогню, виведення сил або інших елементів мирних угод, що давало час і створювало умови для дипломатичних зусиль, спрямованих на досягнення стабільної мирної угоди, після чого операція припинялася²².

Заступник Генерального секретаря ООН Б. Уркварт у 1980-х роках визначив питання використання військ у цих операціях «не як бойової сили, а як механізму припинення ворожнечі й буфера між конфліктуючими силами»²³. Такі операції засновувалися на розділі VI Статуту ООН, вони домінували до 1994 р., у них брали участь неозброєні й легко озброєні військові; до 1989 р. контингенти ООН були незначними за кількістю²⁴.

Для періоду «холодної війни» було характерне «вертикальне» тлумачення співвідношення між правами держави і правами людини, де перші розглядалися як вищі, що й визначило обмеження миротворчих операцій та три принципи останніх, що вважаються дійсними досі: згода приймаючої держави / держав; безсторонність щодо сторін конфлікту; невикористання сили²⁵. Акти ООН того часу, наприклад Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами згідно із Статутом ООН (1970 р.), проголошували концепцію «повного суверенітету держави»²⁶. Щодо такої концепції суверенітету влучно висловився Б. Бутрос Галі: «Організація Об'єднаних Націй є форумом суверенних держав, і те, що вона може зробити, залежить від того взаєморозуміння, якого вони досягають між собою»²⁷.

Покладання ООН на моральність (презумпція прагнення сторін до миру і їх покладання на авторитет світового співтовариства), пасивна позиція і використання виключно мирних і консенсусних заходів привели, на думку К. Кенкель, до замороження низки конфліктів, стали перешкодою для їх ефективного остаточного вирішення²⁸.

²² *Бані-Насер Ф.* Миротворчі операції ООН: теорія і практика // Проблеми міжнародних відносин. 2015. Вип. 10-11. С. 27; *Kenkel К.М.* Цит. праця. Р. 125 – 126.

²³ *Бруз В.С.* Цит. праця. С. 33.

²⁴ *Офіційний сайт ООН; Бані-Насер Ф.* Цит. праця. С. 25; *Kenkel К.М.* Цит. праця. Р. 125 – 126.

²⁵ *Kenkel К.М.* Цит. праця. Р. 126.

²⁶ *Декларація о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций.* Принята резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml

²⁷ *Бутрос Гали Б.* Цит. праця. С. 1.

²⁸ *Kenkel К.М.* Цит. праця. Р. 126.

Друге покоління миротворчих операцій, до яких відносять постконфліктне миробудівництво і зміцнення миру, є багатопрофільним, «багатовимірним». Особливістю періоду після завершення «холодної війни» стала суперечлива трансформація та дезінтеграція колишніх соціалістичних держав та країн соціалістичної орієнтації, пов'язана з домінуванням внутрішніх, а не міждержавних конфліктів, їх детериторизацією, сфокусованістю на ідентичності, що не було передбачено в Статуті ООН, заснованому на ідеї суверенітету держав²⁹.

Необхідність зміни підходів до суверенітету сформулював, зокрема, Б. Бутрос Галі: «Час абсолютного і виключного суверенітету минув; його теоретична концепція ніколи не підтверджувалася реальним життям»³⁰. З іншого боку, було розблоковано розгляд і ухвалення рішень щодо низки миротворчих проблем у Раді Безпеки («Організація ніколи більше не повинна виявитися паралізованою, як це мало місце в минулі роки»³¹), що привело до оптимістичних очікувань на «нову еру процвітання і справедливості», заснованих на презумпції, що демократичні ліберальні держави не розпочинають воєн одна проти іншої³².

Як зазначають С. Віднянський і А. Мартинов, зміну акцентів у діяльності ООН можна охарактеризувати як перехід від «культури реакції» до «культури превентивності»³³. Особливістю миротворчих операцій другого покоління стало прагнення створити умови, що сприяли б вирішенню конфліктів і не допустити їх рецидивів через ліквідацію їх причин. Тому до чисто військових додалися цивільні завдання, спрямованість на політичний вихід із конфлікту, а розширення права на застосування сили не відбулося³⁴. Ці операції: мали місце в умовах активної фази конфліктів; у контексті внутрішніх, «нових» воєн; передбачали цивільні завдання; «взаємодіяли із значною кількістю гуманітарних акторів в умовах багатоскладових загроз»; часто пристосовувалися до «повзучих» змін у своїх мандатах; страждали від суттєвої невідповідності між своїми засобами і цілями³⁵.

Операції третього покоління з примушення до миру та гуманітарної інтервенції з початку нового тисячоліття (ініціативи Канади починаючи з 1996 р., створення організації «Лікари без кордонів» у 1996 р., «Доповідь

²⁹ Там само. Р. 127 – 128; *Бруз В.С.* Цит. праця. С. 22.

³⁰ *Бутрос Галі Б.* Повестка дня для мира. Превентивная дипломатия, миротворчество и поддержание мира. Доклад Генерального секретаря. А/47/277. S/24111. 2 July 1992. С. 5. URL: http://www.un.org/ru/siteindex/agenda_forpeace.pdf

³¹ Там само. С. 2.

³² Там само. С. 25; *Kenkel К.М.* Цит. праця. Р. 132 – 133.

³³ *Віднянський С.В., Мартинов А.Ю.* Україна в Організації Об'єднаних Націй: 60 років у розв'язанні найважливіших міжнародних проблем. Київ: Генеза, 2006. С. 14.

³⁴ *Kenkel К.М.* Цит. праця. Р. 127 – 128.

³⁵ Там само. Р. 127 – 128.

Брахімі» 2000 р.) характеризувалися зростанням повноваження застосувати силу для виконання мандату, при цьому самі мандати суттєво не відрізнялися від операцій другого покоління, але могли посилатися на Розділ VII Статуту ООН³⁶. Однією з причин появи цього типу операцій стало переосмислення трагічних провалів операцій ООН у Руанді, Сомалі, Боснії, що були зумовлені суттєвою роллю недержавних акторів і пасивністю миротворців («жах бездіяльності») та привели до масової загибелі мирного населення³⁷. Як зазначалося у «Доповіді Брахімі» 2000 р., «Є багато завдань, які не слід ставити перед миротворчими силами ООН, і є багато місць, до яких їх не слід посилати. Але в тих випадках, коли ООН усе ж спрямовує свої сили для підтримки миру, вони мають бути готові до зустрічі із силами війни та насилля, що зберігаються, маючи при цьому можливість й рішучість для того, щоби нанести їм поразку».

Це зумовило суттєве зрушення у моральній парадигмі ООН – від непопорушності суверенітету держав до захисту прав людини, співвідношення між ними з вертикального наблизилося до горизонтального (або до переваги прав людини – у гуманітарних інтервенціях), в операціях суттєво посилювався гуманітарний компонент, було піддано сумніву право диктаторських режимів прикриватися суверенітетом при масових порушеннях прав людини³⁸. Намагання знайти баланс дійшли апогею в концепції «відповідальності за захист» (*responsibility to protect*), R2P³⁹.

Більшість операцій третього покоління здійснювалися не ООН, а регіональними організаціями та коаліціями держав (на основі Розділу VIII Статуту ООН)⁴⁰. Однією з причин цього стала трансформація позиції США щодо миротворчої діяльності починаючи з середини 90-х років. Зокрема, США стали вибірково й обмежено підтримувати відповідну діяльність ООН, натомість орієнтуватися на її здійснення у межах НАТО на основі президентських директив № 25 (1994 р.), №56 (1997 р.), № 71 (2000 р.); також починаючи із середини 90-х років США стали наполягати на скороченні своєї частки фінансування миротворчої діяльності ООН, що зменшувало реальні можливості останньої⁴¹.

Для операцій четвертого покоління – сприяння миру – характерне поєднання активного застосування сили із зростанням цивільного еле-

³⁶ Там само. Р. 129 – 134; Білоцький С.Д. Цит. праця. С. 10; Гончаренко І.О. Діяльність ООН та ОБСЄ у врегулюванні конфліктів на пострадянському просторі (90-ті роки ХХ століття): автореф. ... канд. іст. наук. Київ, 2009. С. 8.

³⁷ Kenkel К.М. Цит. праця. Р. 130.

³⁸ Там само. Р. 130 – 131.

³⁹ Там само. Р. 131.

⁴⁰ Там само. Р. 131 – 132.

⁴¹ Німченко А.В. Концептуальні засади та політика США щодо миротворчої діяльності ООН: автореф. ... канд. політ. наук. Київ, 2002. С. 7 – 8; Боголій Ю.М. Політика Сполучених Штатів Америки щодо Організації Об'єднаних Націй: питання міжнародної безпеки (1990-ті роки – початок ХХІ століття): автореф. ... канд. іст. наук. Київ, 2008. С. 11.

мента мандату; їх метою є усунення глибоких причин конфлікту і створення, за необхідності й силою, умов для тривалого миру⁴². Вони можуть передбачати роззброєння парамілітарних утворень, відновлення правопорядку, передання на зберігання і можливе знищення зброї, репатріацію біженців, консультативну та тренувальну підтримку безпекового персоналу, спостереження за виборами, поглиблення зусиль щодо захисту прав людини, реформування чи посилення урядових інституцій, сприяння формальним і неформальним процесам політичної участі⁴³. Ускладнення мандатів та їх мети привело до суттєвого збільшення участі у здійсненні таких операцій регіональних міжнародних організацій, спеціалізованих агенцій ООН, міжнародних НУО, міжнародних фінансових інституцій та ін., а разом із цим – до складності координації їх діяльності⁴⁴.

Як зазначає К. Кенкель, ці операції суттєво відходять від «логіки мирних операцій як управління конфліктом», їх метою стає політична інституціоналізація (інколи – фактично державотворення (statebuilding, nationbuilding)) та економічна лібералізація⁴⁵. Найрадикальнішою формою такої миротворчості є перехідна адміністрація, за якої «здійснення суверенітету щодо певної території реально передається операції ООН, вся виконавча, законодавча та судова влада тимчасово опиняється в руках керівника місії ООН»⁴⁶.

Операції п'ятого покоління, що є гібридними, «розгортають війська та поліцейський персонал під змішаним командуванням, коли як ООН, так і різні регіональні організації використовують війська в одній місії з різною командною ієрархією та відмінними формами мандатів» (це відображено у доктринальному документі «Новий горизонт» 2009 р.)⁴⁷.

Як зазначає К. Кенкель, такі операції засновані на дедалі виразнішому «поділі праці» – НАТО, яке оперує військами західних країн, здійснює військову інтервенцію в ім'я укоріненої концепції прав людини, а ООН, більшість членів та військових контингентів якої представляють «глобальний Південь», та/чи ОБСЄ, що частково представляє Євразію, чи Африканський Союз опікуються мирним будівництвом⁴⁸.

Отже, миротворчі операції ООН не мають загальноприйнятого визначення. Сама ця назва є неточною, відображає характер лише одного з видів операцій, більш прийнятною за охопленням є назва «операції на

⁴² Kenkel K.M. Цит. праця. Р. 132, 134.

⁴³ Там само. Р. 132 – 133.

⁴⁴ Там само. Р. 134.

⁴⁵ Там само. Р. 133.

⁴⁶ Там само. Р. 133.

⁴⁷ Там само. Р. 135.

⁴⁸ Там само. Р. 135.

користь миру». Серед критеріїв можливості проведення успішних миротворчих операцій, що висувуються нині, є: відданість сторін справі встановлення сталого миру, можливість визначення чіткої мети операції, готовність до участі в ній регіональних організацій. Процесуальні норми щодо проведення миротворчих операцій передбачають: завчасну організацію Секретаріатом ООН місії технічної оцінки і вже на основі її інформації формулювання Генеральним секретарем пропозиції щодо проведення операції Раді Безпеки; розгортання протягом 30 – 90 днів залежно від типу операції; три стадії здійснення операції (запуск – досягнення операційної спроможності, виконання мандату – досягнення поставлених цілей, перехідний період – передання завдань і відповідальності уряду держави чи іншій міжнародній організації); досягнення визначених критеріїв успішності операції.

Єдиної визнаної класифікації миротворчих операцій не існує. Однією з найбільш евристичних класифікацій є історична, що дає змогу побачити розвиток тенденцій і зміну підходів у сфері миротворчості. Але незалежно від класифікації всі види миротворчих операцій, запропоновані у межах ООН, і нині зберігають свою актуальність. Основними контекстами трансформації миротворчої діяльності є: зміна природи конфліктів, особливості тлумачення принципів миротворчих операцій, розвиток проблематики міжнародних відносин. Найважливішими тенденціями розвитку миротворчості з кінця 1940-х років і донині є: перехід від замороження чи полегшення конфліктів до впливу на їх результат, а також перехід від однозначного захисту прав держави до переважного захисту прав людини в контексті ідеї відмови від повного державного суверенітету на користь його неповного характеру, зростання застосування сили миротворчими операціями. Тенденціями останніх десятиліть є консолідація миротворчої діяльності, зменшення кількості персоналу миротворчих операцій, зростання в останньому ролі поліцейського та цивільного елементів, орієнтація на усунення глибинних причин конфлікту і створення умов для тривалого миру, зростання участі в операціях регіональних організацій, міжнародних фінансових інституцій, міжнародних неурядових організацій.

Kresin Oleksiy. General Bases for Carrying out the UN Peacekeeping Operations

The article deals with the definition of the UN peacekeeping operations, the criteria for conducting successful peacekeeping operations, and the procedural rules for conducting them. The existing classifications of peacekeeping operations are analyzed, their historical classification for generations is described in detail in different contexts. The most important tendencies of the UN peacekeeping development are determined.

Author resumes that UN peacekeeping operations do not have a common definition. The name itself is inaccurate, it reflects the nature of only one type of

operation, the title of “operations for peace” is more acceptable. Among the criteria for conducting successful peacekeeping operations, which are currently under way, are: the commitment of the parties to the establishment of a sustainable peace, the possibility of defining the exact purpose of the operation, and the willingness to participate in them by regional organizations. Procedural rules for peacekeeping operations include: the early organization of a technical evaluation mission by the United Nations Secretariat and already on the basis of its information, the Secretary-General’s proposal for an operation to be undertaken by the Security Council; deployment within 30-90 days depending on the type of operation; three stages of the operation (launch – achievement of operational capability; fulfillment of the mandate – achievement of goals; transitional period – assignment of tasks and responsibility of the government of a state or other international organization); achievement of defined criteria of successful operation.

The only recognized classification of peacekeeping operations does not exist. One of the most heuristic classifications is historical, which makes it possible to see the development of trends and changes in approaches to peacekeeping. But regardless of the classification, all types of peacekeeping operations, proposed within the UN, remain valid today. The main contexts for the transformation of peacekeeping activities are: the change of the nature of conflicts, the peculiarities of the interpretation of the principles of peacekeeping operations, the development of the problems of international relations. The most important tendencies in the development of peacekeeping since the late 1940s and till now are: the transition from the freezing or easing of conflicts to the impact on their outcome, as well as the transition from unambiguous protection of the state’s rights to the preemptive protection of human rights in the context of the idea of abandoning full state sovereignty in favor of it incomplete nature, increased use of force by peacekeeping operations. Trends in recent decades include the consolidation of peacekeeping operations, the reduction in the number of peacekeeping personnel, the growing role of police and civilian elements, the focus on addressing the underlying causes of conflict and the creation of conditions for lasting peace, increased participation in operations of regional organizations, international financial institutions, international non-governmental organizations.

Keywords: United Nations, peacekeeping, peacekeeping operation.

Кіпрський та хорватський досвід миротворчих операцій як ймовірні сценарії для України

О. М. Стойко,

доктор політичних наук,
провідний науковий співробітник
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Розглянуто передумови і наслідки запровадження миротворчих місій під егідою ООН для врегулювання конфліктних ситуацій на Кіпрі та у Хорватії. Миротворча операція сприяла «замороженню» конфлікту між грецькою та турецькою громадами більш як на півстоліття на Кіпрі. У Хорватії реінтеграція втраченої території була легітимізована посередництвом ООН, оскільки в її основі лежала мирна угода між конфліктуючими сторонами.

Ключові слова: миротворча операція, ООН, конфлікт, реінтеграція.

Стойко Е. М. Кипрский и хорватский опыт миротворческих операций как вероятные сценарии для Украины

Рассмотрены предпосылки и последствия введения миротворческих миссий под эгидой ООН для урегулирования конфликтных ситуаций на Кипре и в Хорватии. Миротворческая операция способствовала «замораживанию» конфликта между греческой и турецкой общинами более чем на полвека на Кипре. В Хорватии реинтеграция утраченной территории была легитимизирована посредничеством ООН, поскольку в ее основе лежало мирное соглашение между конфликтующими сторонами.

Ключевые слова: миротворческая операция, ООН, конфликт, реинтеграция.

Stoyko Olena. Cypriot and Croatian experience in peacekeeping operations as likely scenarios for Ukraine

The background and implications of the introduction of peacekeeping missions under the auspices of the UN to resolve conflicts in Cyprus and Croatia are considered. The peacekeeping operation contributed to the “freezing” of the conflict between the Greek and Turkish communities for more than half a century in Cyprus. In Croatia, the reintegration of the lost territory was legitimized by the UN, since it was based on a peace agreement between the conflicting parties.

Keywords: peacekeeping operation, UN, conflict, reintegration.

Введення миротворчої місії під егідою ООН як один із варіантів врегулювання конфлікту на сході України почало обговорюватися з кінця 2017 року. На початку 2018 року ООН навіть підготувала доповідь, в якій обґрунтована необхідність введення 20 тис миротворців із країн, що не є членами НАТО, а також 4 тис. поліцейських. Завданням такої місії має стати проведення місцевих виборів згідно з Мінськими угодами, після яких Київ зможе встановити повний контроль за кордоном з Російською Федерацією і почати виведення важкої техніки з регіону¹. На нашу думку, все різноманіття миротворчих операцій, які може санкціонувати ООН щодо України, може мати наслідки, що лежать між двома полюсами: «замороження» конфлікту, як це мало у випадку Кіпру, та відновлення повного державного суверенітету над втраченими територіями, що відбулося у Хорватії.

Здобуття колишньою британською колонією Кіпром незалежності в 1960 р. та прийняття нової Конституції призвели до наростання етнічної напруженості між грецькою (80 % населення) та турецькою (18 %) громадами острова. У 1963 р. обидві сторони провели низку етнічних чисток, що привернуло увагу міжнародної спільноти. Рішення про направлення Збройних сил ООН з підтримання миру на Кіпр (ЗСООНК, UN Peacekeeping Force in Cyprus, UNFICYP) було ухвалене РБ ООН 4 березня 1964 р.² для запобігання подальшим збройним зіткненням між греками та турками.

У Резолюції РБ №186 (1964) у п. 5 відзначалося, що завданням збройних сил є: «В інтересах збереження міжнародного миру і безпеки... докласти всіх зусиль для запобігання відновленню зіткнень і, за необхідності, сприяти підтримці й відновленню закону і порядку та поверненню до нормальних умов». Спершу планувалося, що збройні сили перебуватимуть на острові протягом трьох місяців, а видатки на їх утримання будуть покриті країнами, що надішлють військові контингенти, та урядом Кіпру. Цей мандат є досить широким і гнучким, даючи змогу миротворцям корегувати свої функції відповідно до змін у країні, особливо після подій 1974 р., коли у відповідь на державний переворот Туреччина окупувала 35% острова, ввівши 30-тисячний військовий корпус. У ході спостереження за дотриманням угоди про припинення вогню того ж року загинуло троє миротворців.

¹ *Доповідь ООН*: на Донбас необхідно відправити 20 тисяч миротворців. URL: <https://www.unian.ua/politics/2392052-dopovid-oon-na-donbas-neobhidno-vidpraviti-20-tisyach-mirotvortsiv.html>

² *Resolution* adopted by the Security Council at its 1102nd meeting on 4 March 1964 [on establishment of the UN Peace-keeping Force in Cyprus]. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N64/048/33/PDF/N6404833.pdf?OpenElement>

22 грудня 1967 р. РБ ухвалила нову Резолюцію № 244, що передбачала розширення мандату місії за рахунок включення нагляду за роззброєнням для відновлення права і порядку, що мало сприяти поверненню до нормальних умов. У листопаді 1983 р. турецька меншина острова проголосила створення Турецької Народної Республіки Північний Кіпр. У 2004 р. ООН розробила план врегулювання ситуації на острові шляхом створення єдиної держави – Об'єднаної Кіпрської Республіки, до складу якої увійдуть дві автономні частини – грецька та турецька. Виконавча влада мала здійснюватися Президентською Радою з шести осіб (чотири греки і два турки-кіпріоти), які по чергово на 10 місяців будуть обіймати посаду президента і віце-президента. Територія турецької частини мала зменшитися майже на 10%, а 85 тис. грецьких біженців отримали б право повернутися на північ острова. Однак на референдумі у квітні 2004 р. 75 % греків-кіпріотів висловилися проти такого плану, в той час як 65 % турків-кіпріотів його підтримали.

Нині ЗСООНК спостерігають за припиненням вогню і буферною зоною, здійснюють гуманітарні операції та надають підтримку місії добрих послуг Генерального секретаря ООН. При цьому склад і розмір миротворчих сил визначають Кіпр, Греція, Туреччина та Велика Британія, оскільки ще 16 серпня 1960 р. у Нікосії ці країни підписали угоду про створення Республіки Кіпр.

На початок 2018 р. в операції задіяно 1032 особи, з них 151 цивільних, 760 військових (з Аргентини, Австрії, Великої Британії, Ірландії, Канади, Словаччини, Угорщини, Фінляндії), 69 поліцейських (з Австралії, Індії, Ірландії, Нідерландів), 52 особи технічного персоналу. За більш як півстоліття в ході операції загинули 183 особи з миротворчого контингенту.

Місія складається з трьох елементів: 1) групи з політичних/цивільних питань – сприяє підтримці відносин на політичному рівні, а також здійсненню контактів з гуманітарних і економічних питань та питань відносин між кіпрською і турецькою громадами; 2) цивільна поліція – допомагає забезпечувати законність і порядок, насамперед у буферній зоні; 3) військовий контингент – підтримує військовий статус-кво вздовж лінії припинення вогню³.

До 1999 р. діяльність ЗСООНК стосовно цивільних питань зосереджувалася переважно на сприянні розвитку сільського господарства і промисловості в буферній зоні й забезпеченні того, щоб лінії припинення вогню не порушували роботу комунально-побутових служб (водо- і електропостачання, каналізації) на кордоні між районами розселення громад. Гуманітарна допомога включала допомогу зі скерування автотранспорт-

³ Report of the Secretary-General on the United Nations operation in Cyprus, S/2004/756, 24 Sept. 2004. URL: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/2004/756&Lang=E>

них колон з вантажами гуманітарної допомоги, виплати соціального забезпечення для кіпріотів-греків і маронітів на півночі острова й організації тимчасового або постійного їх переселення на південь Кіпру.

Згодом співробітники з цивільних питань взялися за захист інтересів членів однієї громади на території іншої, вимагаючи належного ставлення до їх потреб і домагаючись для них послаблень з широкого кола питань, включаючи поїздки, проїзд через буферну зону і здійснення права на освіту, реалізацію культурних і релігійних та інших прав. Вони також вели переговори зі сторонами щодо укладення угод, спрямованих на забезпечення можливостей для використання буферної зони у мирних цілях, наприклад щодо будівництва доріг, спортивних споруд і підприємств; виступали у ролі посередників з гуманітарних і багатьох інших практичних питань.

Цивільна поліція ЗСООНК виконує низку громадських і гуманітарних функцій: надання допомоги у відновленні правопорядку в буферній зоні, збереження її цілісності шляхом запобігання несанкціонованому в'їзду або діяльності цивільних осіб; сприяння проведенню розслідувань кіпрською поліцією і кіпрсько-турецькою поліцією і нагляд за цими розслідуваннями. Цивільна поліція ЗСООНК – єдиний механізм, через який ці два поліцейські формування підтримують контакти на острові з питань, що зачіпають громади по обидва боки кордону. Цивільна поліція ЗСООНК надає також підтримку гуманітарній діяльності сектора з цивільних питань і зусиллям військового компонента з виявлення порушників кордону та вирішення проблем, що стосуються полювання і демонстрацій в буферній зоні. Крім того, співробітники цивільної поліції тісно співпрацюють з групами військового сектора з цивільних питань у цій зоні.

Санкціонована чисельність військового компонента ЗСООНК становить близько 1000 військовослужбовців усіх рангів, розміщених у трьох секторах, які охоплюють 180-кілометрову буферну зону. Їх основна функція – підтримання військового статус-кво і запобігання поновленню бойових дій. З цією метою вони постійно ведуть спостереження, використовуючи для цього як стаціонарні спостережні пункти, так і мобільні патрулі, автомобільні, піші та вертолітні. Вони також розслідують випадки порушення припинення вогню і вживають відповідних заходів для відновлення статус-кво; розряджають напружену обстановку, в тому числі шляхом розгортання військ; підтримують регулярний зв'язок і контакти з командувачами збройних сил обох сторін.

Операція фінансується через спеціальний рахунок, а його обсяг щороку затверджується ГА (липень 2017 – липень 2018 р. – понад 57,65 млн дол. США).

Приклад Кіпру свідчить, що «традиційна» миротворчість у окремих випадках не стільки сприяє вирішенню спірних питань і мінімізації люд-

ських втрат, скільки веде до «замороження» ситуації, з кожним роком зменшуючи шанси на відновлення територіальної цілісності держави, що стала об'єктом збройної агресії.

Хорватія у травні та серпні 1995 р. здійснила успішні військові операції – «Блискавка» і «Буря», в ході яких вдалося відвоювати частину території самопроголошеної Республіки Сербська Країна (1991–1995). Долю решти частини невизнаної республіки вздовж Дунаю – Східної Славонії, Бараня, Західного Срема – вирішила Ердутська угода, що в документах ООН фігурує як Основна угода, підписана 12 листопада 1995 р. представниками Хорватії та місцевою сербською владою. Вона передбачала: 1) встановлення перехідного періоду на рік, який може бути продовжений ще на рік на прохання однієї з сторін; 2) звернення до РБ ООН створити тимчасову адміністрацію, що здійснюватиме управління регіоном у перехідний період; 3) прохання до РБ ООН розгорнути на цей період міжнародні сили для підтримання миру і безпеки в регіоні або ж іншим способом сприяти реалізації угоди. Демілітаризація регіону мала завершитися протягом 30 днів з моменту розгортання міжнародних сил; 4) дотримання в регіоні прав людини і основних свобод; 5) права усіх осіб на повернення їм майна, яке вилучене у них в результаті протиправних дій або яке вони були змушені залишити, а також на справедливую компенсацію за майно, яке не може бути їм повернуто, допомогу у відновленні пошкодженого майна; 6) організацію і проведення тимчасовою адміністрацією (ТА) виборів до місцевих органів влади та самоврядування, забезпечення сербській громаді права призначити об'єднану раду муніципалітетів.

На виконання положень угоди РБ ухвалила рішення про Тимчасову адміністрацію ООН для Східної Славонії, Бараня та Західного Срема (ТАООНСС, United Nations Transitional authority in Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium, UNTAES)⁴. Місія розпочалася 15 січня 1996 р., а до її завдань входили стеження за демілітаризацією цих районів та забезпеченням мирної реінтеграції території до складу Хорватії. До складу військової і цивільної місії входило понад 4800 солдатів, 400 поліцейських і 99 військових спостерігачів. Через рік мандат було продовжено ще на один рік і ТА припинила свою діяльність 15 січня 1998 р., однак група підтримки із 180 співробітників цивільної поліції ООН залишилася для стеження за діяльністю хорватської поліції та контролю щодо повернення біженців.

Військовий компонент передбачав: спостереження за демілітаризацією; стеження у співпраці з верховним комісаром ООН у справах біжен-

⁴ United Nations Transitional authority in Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium. URL: <https://peacekeeping.un.org/ru/mission/past/untaes.htm>

ців за добровільним і безпечним поверненням біженців і переміщених осіб; сприяння своєю підтримкою миру і безпеці; інше сприяння в здійсненні мирної угоди.

Цивільна складова мала такі завдання: створення тимчасових поліцейських сил, визначення їх структури та чисельності, розробка програми навчання і контроль за її здійсненням, нагляд за поведженням з правопорушниками й пенітенціарною системою; здійснення цивільного управління; забезпечення функціонування громадських служб; сприяння поверненню біженців; організація виборів, надання сприяння в їх проведенні й посвідчення дійсності їх результатів; здійснення інших заходів, включно з допомогою в координації планів розвитку і відновленні економіки цього району.

Місія також здійснювала контроль за виконанням сторонами їх зобов'язань, передбачених в Основній угоді, дотриманням прав людини і основоположних свобод, сприяла формуванню атмосфери довіри між усіма місцевими жителями незалежно від їх етнічної належності, стежила за розмінуванням території в межах району.

Чисельність місії станом на 30 вересня 1997 р. становила 2847 осіб озброєного персоналу: 2346 солдат, 97 військових спостерігачів, 404 членів цивільної поліції. Участь у її формуванні взяли 30 країн. Очолив тимчасову адміністрацію американський дипломат У. Волкер.

Мандат місії було розширено в 1997 р. У відповідній Резолюції РБ⁵ зазначалося: створити з 16 січня 1998 р. терміном до 9 місяців групу підтримки у складі 180 цивільних поліцейських спостерігачів для спостереження за діяльністю хорватської поліції у придунайському районі, насамперед у зв'язку з поверненням переміщених осіб у відповідь на прохання уряду Хорватії. Надалі група мала тісно співпрацювати з ОБСЄ для безперешкодного передання їй повноважень. ОБСЄ отримала мандат 26 червня 1997 р. (S/1997/522), що передбачав завдання щодо повернення біженців і переміщених осіб, захист їх прав і захист осіб, які належать до етнічних меншин.

27 квітня 1997 р. було укладено Угоду про повернення хорватів додому, розроблену Робочою групою з операційних процедур повернення, і передано її до РБ. Визначені нею механізми забезпечували рівний доступ та рівне ставлення до всіх хорватських громадян незалежно від національності, надаючи усім однаковий правовий статус «поверненець». Відповідно до цієї Угоди Хорватія спільно з міжнародною спільнотою організувала агентство для посередництва з продажу або обміну власності законних власників, які більше не бажають нею володіти. Робоча група

⁵ Resolution 1145 (1997) Adopted by the Security Council at its 3843rd meeting, on 19 December 1997. S/RES/1145 (1997). URL: [http://undocs.org/en/S/RES/1145\(1997\)](http://undocs.org/en/S/RES/1145(1997))

також розробила концепцію «Земельного банку», а Хорватія, ТАООНСС та УВКБ знайшли міжнародне фінансування для реалізації механізмів повернення.

1 травня 1997 р. президент Хорватії Ф. Туджман оголосив про створення Державної комісії зі встановлення конституційно-правового порядку Республіки Хорватії у придунайському районі, що перебував під управлінням ТАООНСС, яку очолив міністр розвитку та реконструкції. Державна комісія співпрацювала з ТАООНСС для координації та нагляду за діяльністю всіх управлінських органів (повітів та міст), яка стосувалася мирної реінтеграції Східної Славонії, Бараня та Західного Срему в Хорватію. У нових муніципалітетах була переглянута організаційна структура з акцентуванням уваги на поверненні та правах людини, щоб контролювати виконання Основної угоди та інших гарантій та зобов'язань Хорватії.

Станом на вересень 1997 р. ООН була незадоволена тим, як Хорватія виконує свої зобов'язання, і висловлювала сумніви щодо можливості передання виконавчої влади в регіоні після завершення мандату⁶. РБ закликала уряд країни: негайно ліквідувати всі адміністративні та правові перешкоди для двостороннього повернення переміщених осіб та біженців; забезпечити безпеку, соціальні та економічні можливості, включно з правом власності, для усіх повернених; запобігти їх залякуванню та створити ефективні органи місцевого самоврядування; забезпечити регулярні виплати пенсій та соціальної допомоги; забезпечити подальшу економічну інтеграцію; припинити нападки на етнічні групи у ЗМІ; повною мірою виконати закон про амністію та співпрацювати з Міжнародним трибуналом щодо колишньої Югославії.

Так, уряд Хорватії намагався ігнорувати результати місцевих виборів, що відбулися у квітні 1997 р. у регіоні, беручи за основу дані перепису населення 1991 р. для визначення пропорційності представництва хорватів і сербів у органах місцевого самоврядування. У реєстраційних списках виборців 1997 р. близько 40% населення становили серби, що, на думку ООН, мало бути відображено у ході формування нових муніципалітетів. Через п'ять місяців після місцевих виборів лише деякі посадовці-хорвати проживали чи постійно перебували в регіоні, а на постійній основі функціонували лише податкові та митні органи.

Хоча Хорватія і гарантувала, що представники сербів та інших етнічних меншин отримають автономію у сфері освіти, право розробляти власні навчальні програми, що сприятимуть збереженню їх культурної само-

⁶ *Report of the Secretary-General on the United Nations transitional administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium.* URL: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=S/1997/767&Lang=E>

бутності, історії й спадщини у рамках хорватської системи освіти, однак остаточна реінтеграція шкіл згідно з підписаною угодою про систему освіти затягувалася. Так, Міністерство освіти не дотримувалося принципу справедливого і рівного розподілу посад директорів відповідно до змін в етнічному складі регіону, використання мови етнічних меншин у середній школі, розміщення на школах табличок з використанням латинського алфавіту та кирилиці.

Витрати на місію протягом перших дев'яти місяців становили 17,6 млн дол. США, які пішли у тому числі на фінансування 180 цивільних поліцейських, підтримку цивільного компонента – 53 міжнародних і 165 місцевих співробітників. Місія завершила свою роботу в січні 1998 р. згідно з Резолюцією РБ⁷. Особливістю тимчасової адміністрації у Хорватії було те, що їй вдалося відновити територіальну цілісність держави, оскільки обидві конфліктуючі сторони погодилися на таке втручання ООН.

Отже, у Хорватії учасники конфлікту самі домовилися про необхідність участі третьої сторони в особі ООН для остаточної реінтеграції регіону, що уже перебував під контролем хорватських збройних сил, а Резолюція Ради Безпеки ООН лише заклала правову основу для відновлення територіальної цілісності держави.

З огляду на відсутність прогресу в реалізації Мінських угод, повну залежність керівництва самопроголошених республік у Донбасі від позиції Російської Федерації реалізація саме такого варіанту мирного врегулювання ситуації за посередництва ООН є досить складною.

Stoyko Olena. Cypriot and Croatian experience in peacekeeping operations as likely scenarios for Ukraine

The introduction of a peacekeeping mission under the auspices of the UN as one of the options for resolving the conflict in eastern Ukraine began to be discussed from the end of 2017. At the beginning of 2018, the UN even prepared a report that substantiated the need for the introduction of 20,000 peacekeepers from non-NATO countries, as well as 4,000 policemen. The task of such a mission should be to hold local elections in accordance with the Minsk Agreements, after which Kyiv will be able to establish full control under border with the Russian Federation and begin the withdrawal of heavy equipment from the region. In our opinion, all the diversity of peacekeeping operations that the United Nations can sanction in Ukraine may have consequences between the two poles: the «freezing» of the conflict, as in the case of Cyprus, to the restoration of complete state sovereignty over the lost territories, which occurred in Croatia.

⁷ Resolution 1145 (1997) Adopted by the Security Council at its 3843rd meeting. on 19 December 1997 S/RES/1145 (1997). URL: [http://undocs.org/en/S/RES/1145\(1997\)](http://undocs.org/en/S/RES/1145(1997))

An example of Cyprus shows that «traditional» peacekeeping in some cases does not contribute to the resolution of controversial issues and minimize human losses, which leads to «freezing» the situation, reducing the chances of restoring the territorial integrity of the state each year, becoming an object of armed aggression.

In 1995 Croatia carried out successful military operations, during which they succeeded in recovering part of the territory of the self-proclaimed Republic of Serbian Krajina (1991-1995). The fate of the rest of the unrecognized republic was decided by the so-called Basic Agreement, signed on November 12, 1995 by representatives of Croatia and local Serbian authorities. It provided for: 1) the establishment of a transitional period for a year, which may be renewed for another year at the request of one of the parties; 2) applying to the UN Security Council to establish a temporary administration that will administer the region during the transition period; 3) a request to the UN Security Council to deploy international forces for the maintenance of peace and security in the region or other means to facilitate the implementation of the transaction during this period. Demilitarization of the region should have been completed within 30 days of the deployment of international forces; 4) observance of human rights and fundamental freedoms in the region; 5) the right of all persons to return to them the property seized from them as a result of wrongful acts, or which they were forced to leave, as well as fair compensation for the property which can not be returned to them, assistance in the restoration of the damaged property; 6) organization and holding of elections to local authorities, providing the Serbian community with the right to appoint a joint council of municipalities.

So, in Croatia, the conflict participants themselves agreed on the need for a third party intervention for the final reintegration of the region, that was already under the control of the Croatian armed forces, and the resolution of the UN Security Council only laid the legal basis for the restoration of the territorial integrity of the state. Given the lack of progress in the implementation of the Minsk Agreements, the full dependence of the leadership of self-proclaimed republics in the Donbass on the position of the Russian Federation, the implementation of such a variant of a peaceful settlement of the situation through UN mediation is rather complicated.

Keywords: peacekeeping operation, UN, conflict, reintegration.

УДК 341.01

Міжнародно–правова кваліфікація агресії Російської Федерації в Криму та на сході України

К. О. Савчук,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу міжнародного права
та порівняльного правознавства
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Проаналізовані події, які відбулися в 2014 і подальших роках у Криму та на сході України. Розкрито прийняте в міжнародному праві поняття «агресії». Здійснено аналіз міжнародно-правових актів, прийнятих з цього питання. На підставі цього здійснена юридична кваліфікація неправомірних дій Російської Федерації в Криму та на сході України.

Ключові слова: заборона застосування сили або погрози силою в міжнародних відносинах, агресія.

Савчук К. А. Международно-правовая квалификация агрессии Российской Федерации в Крыму и на востоке Украины

Проанализированы события, произошедшие в 2014 и последующих годах в Крыму и на востоке Украины. Также раскрыто установленное в международном праве понятие «агрессии». Осуществлен анализ международно-правовых актов, принятых по этому вопросу. На основании этого осуществлена юридическая квалификация неправомерных действий Российской Федерации в Крыму и на востоке Украины.

Ключевые слова: запрещение применения силы или угрозы силой в международных отношениях; агрессия.

Savchuk Kostantyn. International legal qualification of aggression of the Russian Federation in the Crimea and in the East of Ukraine

The article analyzes the events that occurred in 2014 and subsequent years in the Crimea and in the east of Ukraine. The concept of «aggression» established in international law is also disclosed. In addition, an analysis of international legal acts adopted on this issue. Based on this, the legal qualification of illegal actions of

© Савчук Костянтин Олександрович – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

the Russian Federation in the Crimea and in the east of Ukraine has been carried out.

Keywords: *prohibition of the use of force or the threat of force in international relations; aggression.*

Важливою особливістю сучасного міжнародного права, яка відрізняє його від класичного міжнародного права XIX і навіть першої половини XX ст., є закріплена у ст. 2 Статуту ООН заборона застосування сили або погрози силою в міжнародних відносинах як проти територіальної недоторканості та політичної незалежності будь-якої держави, так і у будь-який інший спосіб, несумісний з цілями Об'єднаних Націй. Як наголошується у доктрині міжнародного права, «ця норма імперативна – *jus cogens*, тобто норма, що приймає і визнає міжнародна спільнота держав у цілому, як норму, відхилення від якої неприпустиме і яку можна змінити тільки наступною нормою загального міжнародного права, що мала б такий же характер»¹. Якщо класичне міжнародне право в якості одного із засадничих елементів визнавало суверенне право держави на війну – *jus ad bellum*, яка тлумачилася як крайній засіб захисту свого порушеного права, то, з точки зору сучасного міжнародного права, такого права у держави більше не існує, війна є агресією, тобто найтяжчим міжнародним злочином.

Розгорнуте юридичне визначення поняття «агресія» було надане ГА ООН у Резолюції 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 р. «Визначення агресії»². Ст. 1 цього документа тлумачить агресію як «застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканості або політичної незалежності іншої держави, або яким-небудь іншим чином, несумісним зі Статутом ООН». Відповідно до положень цієї Резолюції застосування збройної сили державою першою в порушення вимог Статуту ООН є *prima facie* свідченням акту агресії, хоча РБ може відповідно до Статуту зробити висновок, що визначення про те, що акт агресії був здійснений, чи ні, буде виправданим у світлі інших відповідних обставин, включаючи той факт, що відповідні акти або їх наслідки не мають достатньо серйозного характеру. Тобто, як цілком слушно підкреслюють автори колективної монографії «Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право», «рішення щодо визнання держави як агресора повністю віддано на розсуд Ради Безпеки ООН у кожній конкретній ситуації, і це одна з ключових відмінностей Статуту ООН від

¹ *Задорожній О.В.* Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права. Київ: К.І.С., 2015. С. 75.

² *Определение агрессии.* Утверждено Резолюцией 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1974 года. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-74

попередніх міжнародних актів, спрямованих на обмеження правомірності застосування сили в міжнародних відносинах»³.

Якщо йдеться про юридичну кваліфікацію дій Російської Федерації на Донбасі, то визначення останньої державою-агресором відповідно до рішення РБ ООН за ст. 39 Статуту ООН видається малоймовірним, враховуючи той факт, що, як постійний член РБ, Російська Федерація наділена так званим «правом вето». Дійсно, сценарій, за якого РФ проголосує на користь визначення своїх дій на Донбасі як акту агресії або принаймні утримається від голосування, виглядає фантастичним. Також слід врахувати той факт, що донині в практиці РБ відсутні рішення, в яких би вона кваліфікувала дії якоїсь держави, не кажучи вже про свого постійного члена, в якості акту агресії. Навіть, здавалось би, у випадку явної агресії однієї держави-члена ООН проти іншої під час окупації і анексії території Кувейту Іраком у 1990 р. РБ у своїй Резолюції 660 (1990) від 2 серпня 1990 р.⁴ визначила дії Іраку лише як «порушення міжнародного миру та безпеки», але не як агресію. Зрозуміло, що таке більш м'яке формулювання використовувалося саме з метою досягнення консенсусу між постійними членами РБ і унеможливлення застосування права вето будь-яким із них, хоча, по суті, зміст цієї та прийнятих згодом резолюцій 661(1990) від 6 серпня 1990 р.⁵, 662(1990) від 9 серпня 1990 р.⁶ тощо фактично не залишав сумніву, що міжнародне співтовариство в особі РБ ООН розглядало дії Іраку саме як агресію проти суверенної держави Кувейту.

Відповідно до згаданого визначення агресії у якості останньої кваліфікується будь-яке з наступних діянь незалежно від оголошення війни: а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, що є результатом такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія території іншої держави або її частини із застосуванням сили; б) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави; в) блокада портів або берегів держави збройними силами іншої держави; г) напад збройними силами держави на сухопутні, морські або повітряні сили, або морські й повітряні флоти іншої держави; е) застосу-

³ *Українська Революція Гідності, агресія РФ і міжнародне право* / [Антонович М.М. та ін. ; упорядкув. і заг. ред. Задорожній О. В.]; Укр. асоц. міжнар. права. Київ: К.І.С., 2014. С. 910.

⁴ Резолюція 660 (1990) от 2 августа 1990 года. URL: [https://undocs.org/ru/S/RES/660\(1990\)](https://undocs.org/ru/S/RES/660(1990))

⁵ Резолюция 661 (1990) от 6 августа 1990 года. URL: [https://undocs.org/ru/S/RES/661\(1990\)](https://undocs.org/ru/S/RES/661(1990))

⁶ Резолюция 662 (1990) от 9 августа 1990 года. URL: [https://undocs.org/ru/S/RES/662\(1990\)](https://undocs.org/ru/S/RES/662(1990))

вання збройних сил однієї держави, що перебувають на території іншої держави за згодою з приймаючою державою, в порушення умов, передбачених в угоді, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після завершення дії угоди; f) дія держави, що дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави; g) засылання державою або від імені держави збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що мають настільки серйозний характер, що це рівносильне перерахованим вище актам, або значну участь держави в них.

Попри безперечно важливе значення нормативного закріплення юридичного змісту принципу заборони погрози силою або її застосування та міжнародно-правового визначення агресії слід також звернути увагу на той факт, що після винесення вироків Нюрнберзьким та Токійським трибуналами у 1946 та 1948 роках практики притягнення індивідів до міжнародної кримінальної відповідальності за злочини проти миру не існувало. Юрисдикція міжнародних кримінальних трибуналів *ad hoc* щодо колишньої Югославії та Руанди також не розповсюджувалася на цей вид міжнародних злочинів.

Римський статут Міжнародного кримінального суду, ухвалений на дипломатичній конференції в Римі 17 липня 1998 р. (набув чинності 1 липня 2002 р.)⁷, у ст. 5, де перераховуються злочини, що підпадають під його юрисдикцію, згадує злочин агресії, проте у цій же статті зазначається, що юрисдикцію щодо неї Суд зможе здійснювати лише тоді, коли буде прийнято відповідно до ст. 121 і 123 положення, що містить визначення цього злочину, і викладає умови, в яких Суд здійснює юрисдикцію щодо цього злочину. Самого визначення поняття «агресія» Римський статут не містить.

На конференції з перегляду Римського статуту в Кампалі 10 червня 2010 р. були ухвалені так звані «Кампальські поправки» щодо доповнення тексту статтями 8 біс та 15 біс і 15 тер. Стаття 8 біс містить визначення злочину агресії, де останній розуміється як «планування, підготовка, ініціювання або здійснення особою, яка в змозі фактично здійснювати керівництво або контроль за політичними або військовими діями держави, акту агресії, який в силу свого характеру, серйозності й масштабів є грубим порушенням Статуту ООН»⁸. Визначення акту агресії та кваліфі-

⁷ Римський устав Международного уголовного суда. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

⁸ Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Kampala, 11 June 2010. URL: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf

каційні ознаки цього міжнародного злочину у цій статті аналогічні тим, що містяться в резолюції ГА ООН «Визначення агресії». Стаття 15 біс передбачає, що: по-перше, МКС зможе здійснювати юрисдикцію тільки щодо злочинів агресії, скоєних через один рік з моменту ратифікації або прийняття «Кампальських поправок» тридцятьма державами-учасницями Римського статуту; по-друге, Суд буде здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії згідно з рішенням, прийнятим після 1 січня 2017 р. тією ж самою більшістю держав-учасниць, яка потрібна для прийняття поправки до Статуту.

15 грудня 2017 р. Асамблея держав-учасниць Римського статуту МКС ухвалила рішення щодо активації юрисдикції МКС щодо злочину агресії, і таким чином починаючи з 17 липня 2018 р. він зможе здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії. В практичному плані застосування цього положення для порушення переслідування щодо громадян Російської Федерації не уявляється можливим, оскільки п. 5 ст. 15 біс прямо передбачає, що «щодо держави, яка не є учасницею Римського статуту, Суд не здійснюватиме свою юрисдикцію щодо злочину агресії, здійсненого громадянами цієї держави або на її території». Проте, набуття чинності «Кампальськими поправками», безперечно, посилює юридичне значення встановленого у ст. 2 Статуту ООН принципу заборони погрози силою або її застосування у міжнародних відносинах і дає змогу хоча б у перспективі розраховувати на створення ефективного механізму притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності осіб, винних у розв'язанні агресивних війн.

Повертаючись до питання юридичної кваліфікації дій РФ на сході України, слід зазначити, що попри присутність у зовнішньо- і внутрішньополітичному дискурсі таких термінів, як «гібридна війна», збройне втручання РФ на сході України, безперечно, підпадає під вищезгадане визначення агресії, ухвалене ГА ООН і підтвержене в Римському статуті МКС.

Нагадаємо коротко основну хронологію подій. Агресію РФ проти України хронологічно можна поділити на декілька етапів: 1) окупація та анексія території АР Крим та м. Севастополь; 2) збройне втручання на території Донецької та Луганської областей. Анексія території АР Крим та м. Севастополь – це, по суті, єдиний у повоєнній Європі й один із небагатьох у світі випадків анексії території суверенної держави, до того ж скоєний однією з держав – постійних членів РБ ООН.

Юридична оцінка неправомірних дій Російської Федерації у Криму була здійснена ГА ООН у Резолюції 68/262 «Територіальна цілісність України» від 27 березня 2014 р.⁹ У цьому документі ГА ООН: підтвердила

⁹ Резолюція, прийнята Генеральною Ассамблеєю 27 марта 2014 года 68/262 «Территориальная целостность Украины». URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/68/262>

свою відданість суверенітету, політичній незалежності, єдності та територіальній цілісності України в її міжнародно визнаних кордонах; закликала всі держави відмовитися і утримуватися від дій, спрямованих на повне або часткове порушення національної єдності та територіальної цілісності України, в тому числі будь-яких спроб змінити кордони України за допомогою погрози силою або її застосування або інших незаконних засобів; підкреслила, що референдум, проведений в АР Крим та м. Севастополь 16 березня 2014 р., не маючи законної сили, не може бути підставою для будь-якої зміни статусу Криму чи Севастополя; закликала всі держави, міжнародні організації та спеціалізовані установи не визнавати будь-яку зміну статусу цих суб'єктів на основі згаданого референдуму та утримуватися від будь-яких дій, які можна було б тлумачити як визнання будь-якого такого зміненого статусу. В резолюціях ГА ООН 71/205 від 19 грудня 2016 р.¹⁰ та 72/190 від 19 грудня 2017 р.¹¹ була засуджена тимчасова окупація РФ Криму та Севастополя та підтверджено невизнання анексії цієї території.

Отже, якщо в ситуації з Кримом міжнародно-правова кваліфікація дій РФ не викликатиме проблем у неупередженого юриста-міжнародника, оскільки наявний факт окупації і анексії частини території іншої держави неможливо заперечувати, то юридична оцінка ситуації на Донбасі відрізняється від кримської, оскільки РФ заперечує свою участь у конфлікті на сході України і намагається довести, що насправді на Донбасі має місце суто внутрішній конфлікт між Україною та т. зв. «Донецькою народною республікою» та «Луганською народною республікою».

Нагадаємо коротко хронологію подій на сході України. Починаючи з останніх днів лютого 2014 р. на території Донецької, Луганської, Харківської та деяких інших областей південно-східної частини України відбувалися інспіровані російськими спецслужбами масові акції, учасники яких, значна кількість яких були не місцевими мешканцями, а громадянами РФ, виступаючи під проросійськими гаслами, виголошували широкий спектр вимог – від приєднання цих територій до Росії до проведення не передбачених законодавством України референдумів щодо федералізації України, надання російській мові статусу державної тощо. В той же час проукраїнські сили проводили виступи на підтримку територіальної цілісності України. Проросійські сили за активної участі

¹⁰ Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 19 декабря 2016 года 71/205 «Положение в области прав человека в Автономной Республике Крым и городе Севастополь (Украина). URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/455/78/PDF/N1645578.pdf?OpenElement>

¹¹ Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 19 декабря 2017 года 72/190 «Положение в области прав человека в Автономной Республике Крым и городе Севастополе, Украина. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/72/190>

спецслужб РФ робили спроби захоплення адміністративних установ (так, 3 березня було захоплено частину приміщень Донецької обласної державної адміністрації, проте вже 6 березня міліції вдалося звільнити їх) та формування нелегітимних органів влади (наприклад, 3 березня 2014 р. проросійський активіст П. Губарев сам себе оголосив «народним губернатором» Донецької області). 21 березня 2014 р. Постійною Радою ОБСЄ було прийняте Рішення № 1117¹², згідно з яким постановлено розмістити Спеціальну моніторингову місію міжнародних спостерігачів ОБСЄ в Україні з метою сприяння на території всієї країни та у співпраці з виконавчими структурами ОБСЄ, ООН та Ради Європи зниженню напруженості та забезпеченню миру, стабільності й безпеки, а також здійснення моніторингу та підтримки виконання всіх прийнятих в рамках ОБСЄ принципів і зобов'язань. 6 квітня 2014 р. російською агентурою було знову захоплено будівлю Донецької обласної адміністрації, 7 квітня проголошено створення так званої «Донецької народної республіки» та проведення 11 травня референдуму. За схожим сценарієм розвивалися події й у сусідньому Луганську. Тут 6 квітня було захоплено приміщення управління СБУ в Луганській області, 29 квітня – Луганської обласної адміністрації. 27 квітня проросійські сепаратисти проголосили утворення так званої «Луганської народної республіки». 11 травня на території Луганської та Донецької областей відбулися так звані «референдуми», які не відповідали нормам конституційного законодавства України та міжнародним виборчим стандартам. Перехід від відносно «мирної» до силової фази протистояння на сході України ознаменувався захопленням 12 квітня групою бойовиків на чолі з громадянином РФ І. Гіркіним м. Слов'янська.

14 квітня виконавчач обов'язків Президента України О. В. Турчинов видав Указ «Про рішення РНБО України від 13 квітня 2014 р. «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України»¹³, яким ввів в силу відповідне рішення РНБО України, розпочавши тим самим проведення антитерористичної операції, спрямованої на протидію російським та проросійським збройним формуванням на території Донецької та Луганської областей. Формат проведення антитерористичної операції із залученням підрозділів Збройних Сил України, однак без запровадження воєнного стану в окремих місцевостях чи по всій території України, попри неодноразову

¹² Рішення № 1117 Постійної Ради Організації з безпеки і співробітництва в Європі від 21 березня 2014 р. «Розміщення спеціальної моніторингової місії ОБСЄ в Україні». URL: <https://www.osce.org/uk/pc/225036?download=true>

¹³ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України: Указ Президента України від 13 квітня 2014 року «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/405/2014>

критику в експертному середовищі, дав змогу не лише провести 25 травня 2014 р. легітимні вибори Президента України, визнані всім міжнародним співтовариством, але й звільнити протягом травня-серпня 2014 р. значну частину захоплених бойовиками територій.

Вже з липня 2014 р. російські регулярні війська починають у дедалі зростаючому обсязі брати безпосередню участь у збройному конфлікті, хоча варто наголосити на тому, що сили спеціальних операцій РФ були залучені у конфлікт значно раніше. Спочатку здійснювалися систематичні артилерійські та ракетні обстріли території України, а у двадцятих числах серпня 2014 р. було здійснено масове вторгнення на територію України, що призвело до поразки українських військ під Іловайськом.

У звіті про попереднє розслідування, підготовленому канцелярією Прокурора МКС і оприлюдненому в листопаді 2016 р., було наголошено, що «повідомлення про артилерійські обстріли обома державами військових позицій супротивника, а також арешти російських військовослужбовців Україною і навпаки, вказують на пряме військове протистояння між російськими збройними силами і силами уряду України, яке передбачає наявність міжнародного збройного конфлікту в контексті збройних дій у східній Україні не пізніше, ніж з 14 липня 2014 р., паралельно з існуванням неміжнародного збройного конфлікту»¹⁴. Зазначимо, що в цьому ж документі стверджувалося, що напруженість воєнних дій між урядовими силами України та антиурядовими збройними елементами до 30 квітня 2014 р. досягла рівня, за якого має застосовуватися право збройних конфліктів. Тобто канцелярія Прокурора МКС фактично визнала, що на Донбасі паралельно відбуваються два збройні конфлікти – неміжнародного (принаймні з 30 квітня 2014 р.) та міжнародного (принаймні з 14 липня 2014 р.) характеру. Така ж правова позиція була відображена і у звітах про попереднє розслідування канцелярії Прокурора МКС за 2017 та 2018 рр.

5 вересня 2014 р. у Мінську було підписано так званий Мінський протокол, або «Протокол за підсумками консультацій трьохсторонньої контактної групи щодо спільних кроків, спрямованих на імплементацію мирного плану Президента України П. Порошенка та ініціатив Президента Росії В. Путіна»¹⁵. Документ було підписано другим Президентом України Л.Д. Кучмою, спеціальним представником Голови ОБСЄ послом

¹⁴ International Criminal Court. The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. P. 37. URL: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rer-PE_ENG.pdf

¹⁵ *Протокол* по итогам консультаций Трёхсторонней контактной группы относительно совместных шагов, направленных на имплементацию Мирного плана Президента Украины П. Порошенко и инициатив Президента России В. Путина. URL: <https://www.osce.org/ru/home/123258?download=true>

Х. Тальявіні та послом РФ в Україні М.Ю. Зурабовим, а також ватажками самопроголошених «ДНР» та «ЛНР» О.В. Захарченком та І.В. Плотницьким, чий підписи під протоколом стоять без зазначення їхніх посад. 19 вересня 2014 р. було оприлюднено «Меморандум про виконання положень «Протоколу за підсумками консультацій трьохсторонньої контактної групи щодо спільних кроків, спрямованих на імплементацію мирного плану Президента України П. Порошенка та ініціатив Президента Росії В. Путіна»», підписаний тими ж особами¹⁶. Характеризуючи юридичний статус Мінського протоколу 2014 р. та Меморандуму про виконання його положень, слід зазначити, що вони не є міжнародним договором у розумінні Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. та Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р., а є складним комплексом домовленостей політичного характеру. Виконуючи свою частину зобов'язань за цими домовленостями, Верховна Рада України 16 вересня ухвалила Закон України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей»¹⁷ та Закон України «Про недопущення переслідування та покарання осіб-учасників подій на території Донецької та Луганської областей»¹⁸.

Мінські домовленості дали змогу призупинити на певний час активну фазу конфлікту на Донбасі, проте у січні 2015 р. повномасштабні бойові дії практично вздовж всієї лінії розмежування відновилися. 24 січня 2015 р. за безпосередньої участі російських військових із застосуванням реактивних систем залпового вогню «Град» та «Ураган» було здійснено обстріл мікрорайону Східний у м. Маріуполь, внаслідок чого загинули понад 30 мирних мешканців. Моніторингова місія ОБСЄ підтвердила, що обстріл було здійснено з території, що знаходилася під контролем так званої «ДНР»¹⁹. 10 лютого 2015 р. внаслідок ракетного обстрілу м. Краматорська загинули 17 людей. Український правознавець О.О. Мережко досить переконливо доводить, що відповідальність за ці воєнні злочини мають нести як окремі причетні до них громадяни та організації і струк-

¹⁶ Меморандум об исполнении положений Протокола по итогам консультаций Трёхсторонней контактной группы относительно совместных шагов, направленных на имплементацию Мирного плана Президента Украины П. Порошенко и инициатив Президента России В. Путина. URL: <https://www.osce.org/ru/home/123807?download=true>

¹⁷ Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей: Закон України від 16.09.2014. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1680-18>

¹⁸ Про недопущення переслідування та покарання осіб-учасників подій на території Донецької та Луганської областей. Закон України від 16.09.2014. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52183

¹⁹ Spot report by the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), 24 January 2015: Shelling Incident on Olimpiiska Street in Mariupol. URL: <https://www.osce.org/ukraine-smm/136061>

тури РФ, так і Росія як держава²⁰. Найбільш жорстокі бої точилися в районі м. Дебальцева (так звана «Дебальцевська дуга»).

Ця фаза активних бойових дій завершилася узгодженням на саміті в Мінську президентами України, Росії, Франції і канцлером ФРН та підписанням учасниками трьохсторонньої контактної групи 12 лютого 2015 р. так званої «Другої Мінської угоди» або, як цей документ офіційно називався, «Комплексу заходів щодо виконання Мінських угод»²¹. Друга Мінська угода передбачала негайне і всеохопне припинення вогню в окремих районах Донецької та Луганської областей України (ОРДЛЮ) і жорстке його дотримання, починаючи з 15 лютого 2015 р. «Друга Мінська угода», як і перша, була підписана членами Трьохсторонньої контактної групи Х. Тальявіні, Л.Д. Кучмою, М.Ю. Зурабовим та лідерами бойовиків О.В. Захарченком та І.В. Плотницьким без зазначення їхніх посад. Водночас лідери України, РФ, Франції та Німеччини оприлюднили Декларацію на підтримку «Комплексу заходів»²², в якій підтвердили повну повагу суверенітету і територіальної цілісності України, наголосили на безальтернативності виключно мирного врегулювання, схвалили «Комплекс заходів» і наголосили, що будуть робити свій внесок у цей процес і використовувати свій вплив на відповідні сторони, щоб сприяти його імплементації. Комплекс заходів щодо виконання Мінських угод, що є, як і попередня Мінська угода, за своєю природою політичною домовленістю, набув юридичного характеру внаслідок Резолюції РБ ООН 2202(2015) від 17 лютого 2015 р.²³ У цій Резолюції РБ схвалила прийнятий у Мінську «Комплекс заходів», привітала Декларацію чотирьох лідерів на його підтримку та «закликала всі сторони забезпечити повне виконання «Комплексу заходів», включаючи передбачене в ньому всеосяжне припинення вогню».

Як зазначає В.А. Василенко, «війна Російської Федерації проти України, справді, має свої особливості, але з погляду міжнародного права її слід однозначно кваліфікувати як збройну агресію, оскільки наша країна зазнала нападу підрозділів ЗС РФ та (або) контрольованих нею

²⁰ *Merezhko O.* International Legal Aspects of Russia's War Against Ukraine in Eastern Ukraine. In: Sayapin S., Tsybulenko E. (eds) *The Use of Force Against Ukraine and International Law: Jus Ad Bellum, Jus In Bello, Jus Post Bellum*. 2018, T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague. P. 118.

²¹ *Комплекс мер по выполнению Минских соглашений*. URL: <https://www.osce.org/ru/cio/140221?download=true>

²² *Декларация Президента Российской Федерации, Президента Украины, Президента Французской Республики и Канцлера Федеративной Республики Германия в поддержку Комплекса мер по выполнению Минских соглашений, принятого 12 февраля 2015 года*. URL: <https://www.president.gov.ua/ru/news/deklaraciya-prezidenta-rosijskoyi-federaciyi-prezidenta-ukra-34695>

²³ *Резолюция 2202(2015)*, принятая Советом Безопасности 17 февраля 2015 года. URL: [https://undocs.org/ru/S/RES/2202%20\(2015\)](https://undocs.org/ru/S/RES/2202%20(2015))

найманців, які діяли як приховано, так і відкрито»²⁴. Адже, навіть залишаючи поза увагою силові дії РФ, що призвели до окупації та анексії невід'ємної складової території України – АР Крим та м. Севастополь у лютому-березні 2014 р., у діях РФ на території Луганської та Донецької областей, починаючи принаймні з квітня 2014 р., чітко прослідковується наявність кваліфікаційних ознак злочину агресії, а саме: п. b) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави (неодноразово мало місце починаючи з липня 2014 р.); п. d) напад збройними силами держави на сухопутні, морські або повітряні сили, або морські й повітряні флоти іншої держави (також неодноразово мав місце починаючи з літа 2014 р.); п. g) засилання державою або від імені держави збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що мають настільки серйозний характер, що це рівносильне перерахованим вище актам, або його значну участь у них (з цього, власне, почалася збройна фаза протистояння на Донбасі ще у квітні 2014 р.). Починаючи з кінця серпня 2014 р., коли розпочалося масштабне вторгнення регулярних підрозділів російських збройних сил на територію Донецької та Луганської областей України, у діях РФ можна чітко простежити кваліфікаційну ознаку п. а) «Визначення агресії», а саме – «вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, що є результатом такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини». Надзвичайно глибокий юридичний аналіз та серйозна доказова база щодо кваліфікації дій РФ проти України як агресії наводиться у колективній монографії «Застосування сили проти України та міжнародне право»²⁵, підготовленій за редакцією таких відомих юристів-міжнародників, як С.В. Саяпін та Є. М. Цибуленко. Отже, якщо наявність доказів прямої і непрямої агресії РФ проти України зрозуміла будь-якому неупередженому спостерігачу, то здійснити кваліфіка-

²⁴ Василенко В. Російсько-українська війна 2014 року : причини, перебіг та політико-правові оцінки // Український тиждень. 2014. № 42(362). С. 31. URL: http://i.tyzhden.ua/content/photoalbum/2014/10_2014/17/war.pdf

²⁵ Див. Sayapin S., Tsybulenko E. (eds) «The Use of Force Against Ukraine and International Law: Jus Ad Bellum, Jus In Bello, Jus Post Bellum». 2018, T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague і особливо: Tsybulenko E., Francis J.A. (2018) Separatists or Russian Troops and Local Collaborators? Russian Aggression in Ukraine: The Problem of Definitions. In: Sayapin S., Tsybulenko E. (eds) The Use of Force against Ukraine and International Law. T.M.C. Asser Press, The Hague, pp. 123-144 та Tsybulenko E., Kelichavyi B. (2018) International Legal Dimensions of the Russian Occupation of Crimea. In: Sayapin S., Tsybulenko E. (eds) The Use of Force against Ukraine and International Law. T.M.C. Asser Press, The Hague, pp. 277-296

цію дій РФ як акту агресії відповідно до ст. 39 Статуту ООН, м'яко кажучи, проблематично.

Верховна Рада України 27 січня 2015 р. у Постанові «Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором»²⁶ наголосила на тому, що Україна залишається об'єктом воєнної агресії з боку РФ, яку вона здійснює, серед іншого, і через підтримку та забезпечення масштабних терористичних атак. У цій Постанові Верховна Рада України, посилаючись на положення Статуту ООН та «Визначення агресії», визнала РФ державою-агресором та закликала міжнародних партнерів України: не допустити безкарності винних за злочини проти людяності, вчинені від початку російської агресії проти України; визнати РФ державою-агресором, що всебічно підтримує тероризм та блокує діяльність РБ ООН, чим ставить під загрозу міжнародний мир і безпеку, а так звані «ДНР» і «ЛНР» визнати терористичними організаціями; посилити тиск на РФ, у тому числі шляхом запровадження нових секторальних обмежувальних заходів (санкцій), щоб зупинити російську агресію та примусити російське керівництво виконати у повному обсязі усі пункти Мінських домовленостей, припинити незаконну окупацію Криму, звільнити усіх заручників та незаконно утримуваних на території РФ громадян України; обмежити повноваження російської делегації в Парламентській Асамблеї Ради Європи доти, доки РФ не припинить ігнорувати вимоги міжнародної демократичної спільноти; надавати Україні необхідну військову допомогу з метою посилення її оборонних можливостей, гуманітарну допомогу для постраждалого мирного населення та внутрішньо переміщених осіб і сприяти відновленню критично важливої інфраструктури на Донбасі. Законом України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету над тимчасово окупованими територіями в Донецькій та Луганській областях» від 18 січня 2018 р.²⁷ у ст. 1 було чітко визначено, що «тимчасово окупованими територіями у Донецькій та Луганській областях на день ухвалення цього Закону визнаються части-

²⁶ Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором: Постанова Верховної Ради України від 27 січня 2015 року. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19>

²⁷ Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету над тимчасово окупованими територіями в Донецькій та Луганській областях: Закон України від 18.01.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-19>

ни території України, в межах яких збройні формування Російської Федерації та окупаційна адміністрація Російської Федерації встановили та здійснюють загальний контроль». Відповідно до положень цього закону формат Антитерористичної операції, який застосовувався при відсічі російської агресії на Донбасі починаючи з квітня 2014 р., було змінено з 30 квітня 2018 р. на Операцію Об'єднаних сил.

Кваліфікація силових дій РФ на Сході України як збройної агресії була здійснена у цілій низці резолюцій міжнародних організацій. Так, у п. 21 Резолюції Парламентської Асамблеї ОБСЄ від 8 липня 2015 р. «Продовження очевидних, грубих та не виправлених порушень Російською Федерацією зобов'язань в рамках ОБСЄ та міжнародних норм»²⁸ було, зокрема, зазначено, що дії РФ в АР Крим та м. Севастополь, а також у певних районах Донецької та Луганської областей України є актами збройної агресії проти України. 12 жовтня 2016 р. Парламентська Асамблея Ради Європи ухвалила достатньо жорстку за своїм змістом Резолюцію, навіть з самої назви якої була зрозуміла міжнародно-правова позиція цього авторитетного органу міжпарламентського співробітництва щодо юридичної оцінки дій РФ на сході України – «Політичні наслідки російської агресії в Україні»²⁹. В ухваленій у цей же день Резолюції «Засоби правового захисту у випадках порушень прав людини на окупованих українських територіях, не підконтрольних українській владі»³⁰ ПАРЄ, підтвердивши свою позицію щодо того, що анексія Криму з боку РФ і військове втручання російських військ на сході України порушують міжнародне право і принципи, підтримувані Радою Європи, у пп. 3 і 4 чітко зазначила, що ««ДНР» і «ЛНР», створені за підтримки та під контролем Російської Федерації, не мають будь-якої легітимності відповідно до українського або міжнародного права. Це стосується всіх їхніх «установ», включаючи «суди», встановлені владою *de facto*. За міжнародним правом, Росія, яка *de facto* здійснює контроль над цими територіями, несе відповідальність за захист їх населення». Кваліфікація дій РФ як

²⁸ Резолюция «Продолжение очевидных, грубых и неисправленных нарушений Российской Федерацией обязательств в рамках ОБСЕ и международных норм». Хельсинская декларация и резолюции, принятые Парламентской Ассамблеей ОБСЕ на двадцать четвертой ежегодной сессии. Хельсинки, 5-6 июля 2015 года. С. 28. URL: <https://www.oscepa.org/documents/all-documents/annual-sessions/2015-helsinki/declaration-3/2979-2015-helsinki-declaration-rus/file>

²⁹ Political consequences of the Russian aggression in Ukraine. Resolution 2132 (2016). URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23166&lang=en>

³⁰ Legal remedies for human rights violations on the Ukrainian territories outside the control of the Ukrainian authorities. Resolution 2133 (2016). URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23167&lang=en>

агресії була також здійснена ЄС³¹, а в Резолюції ПАРС 2198 від 23 січня 2018 р. «Гуманітарні наслідки війни в Україні»³² дії Росії на сході України нарешті були прямо названі тим, чим вони були від самого початку – «триваючою російською війною проти України, що відбувається в деяких районах Донецької та Луганської областей».

Проте, незважаючи на безумовно важливу роль усіх цих документів, які, безперечно, будуть взяті до уваги Міжнародним судом ООН, Європейським судом з прав людини та іншими міжнародними юрисдикційними органами, що здійснюють розгляд скарг України проти РФ щодо порушення нею своїх міжнародно-правових зобов'язань за конкретними міжнародними договорами, наразі їх вплив на розвиток ситуації на Донбасі є досить обмеженим. РФ продовжує заперечувати, що вона є стороною конфлікту на Донбасі, наполягаючи на тому, що на сході України має місце громадянська війна, тобто збройний конфлікт неміжнародного характеру, і розв'язання цього конфлікту можливе лише шляхом переговорів між Україною й так званими «ДНР» і «ЛНР» та реалізації положень Мінських угод 2014 та 2015 років. Утім на сьогоднішній день зрозуміло, що ці домовленості, попри те, що вони відіграли певну позитивну роль у процесі запобігання подальшої ескалації конфлікту, не виконано в повному обсягу за жодним пунктом, і вони нині вже не відповідають політико-правовим реаліям конфлікту на сході України. Можливим виходом із цього глухого кута видається розгортання миротворчої місії під егідою ООН чи іншої міжнародної організації.

Savchuk Kostantyn. International legal qualification of aggression of the Russian Federation in the Crimea and in the East of Ukraine

If the classical international law as one of the fundamental elements recognized the sovereign right of the state to war – jus ad bellum, which was interpreted as the last resort to protect its violated law, from the point of view of modern international law, such a right no longer exists, the war is aggression, the most serious international crime. The expanded legal definition of «aggression» is given by the UN General Assembly in resolution 3314 (XXIX) of December 14, 1974. «Definition of aggression» and armed intervention of the Russian Federation in the east of Ukraine undoubtedly fall within the above definition of aggression. Because, even leaving out the attention of the Russian military forces, which led to the occupation and annexation of an integral part of the territory of Ukraine – the Crimea and Sevastopol in February-March 2014, in the actions of the Russian Federation in the territory of Luhansk and Donetsk oblasts, starting at least from April 2014 clearly shows the qualification of the crime of aggression, namely: b) bombardment by the armed

³¹ EU statement on «Russia's Ongoing Aggression against Ukraine and Illegal Occupation of Crimea». URL: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/pc_1118_eu_on_ukraine.pdf

³² Humanitarian consequences of the war in Ukraine. Resolution 2198 (2018). URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24432&lang=en>

forces of the state of the territory of another state or the use of any weapon by the state against the territory of another state (has repeatedly occurred since July 2014); (d) an attack by the armed forces of the state on land, naval or air forces, or naval and air fleets of another state (also repeatedly occurred since the summer of 2014); (g) The submission, by the State or on behalf of a State, of armed gangs, groups, irregular forces or mercenaries who carry out acts of armed force against another State that are so serious that it is equivalent to, or significantly participates in, the acts listed above (this actually began the armed phase of the confrontation on the Donbass in April 2014). Since the end of August 2014, when the large-scale invasion of regular units of the Russian armed forces into the territory of the Donetsk and Luhansk regions of Ukraine began, Russian actions can clearly trace the qualification of a) «Definition of aggression», namely, «the invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof». However, according to the norms of the international law, the recognition of the state as an aggressor is carried out by the UN Security Council, in connection with which the definition of the Russian Federation as an aggressor state, in accordance with the decision of the Security Council, is unlikely, given the fact that the Russian Federation has been endowed as a permanent member of this body the so-called «right of veto». Also, despite the adoption by a number of international organizations of international legal acts that assess the illegal actions of Russia in the East of Ukraine and in the Crimea, and despite the fact that they will undoubtedly be taken into account by the UN International Court of Justice, the European Court of Human Rights and other international jurisdictions, which are conducting the consideration of Ukraine's complaints against the Russian Federation against its violation of its international legal obligations under international treaties, now their influence on the situation in the Donbas is very limited. The Russian Federation continues to deny that it is a party to the conflict in the Donbas, insisting that there is a civil war in the east of Ukraine, that is, an non-international armed conflict, the settlement of which can only be achieved through negotiations between Ukraine and the so-called «DPR» and «LNR» and the implementation of the provisions of the Minsk Agreements in 2014 and 2015. However, to date, it is clear that these agreements, despite the fact that they played a certain positive role in the process of preventing further escalation of the conflict, have not been fully implemented at any point and now they do not correspond to the political and legal realities of the conflict in the east of Ukraine. A possible exit from this deadlock is the deployment of a peacekeeping mission under the aegis of the United Nations or another international organization.

Keywords: prohibition of the use of force or the threat of force in international relations; aggression; Crimea; ORDLO.

До уваги авторів

Захищаючи права авторів, редакція стежить за плагіатом або некоректним використанням статей, опублікованих у журналі. Надіслані статті можуть бути перевірені щодо наявності повторів з текстів, що були опубліковані раніше. Якщо буде встановлено, що стаття містить плагіат або частини чужих текстів без належного посилання, чи виникнуть сумніви щодо авторства статті, редакція залишає за собою право:

- відмовити у публікації;
- опублікувати спростування.

Редакція проводить відбір статей, виходячи виключно з їх наукової цінності. Якщо стаття прийнята до друку, вона розміщується у відкритому доступі, а авторські права належать авторам. Редакція передає отримані матеріали на рецензування членам редакційної колегії.

Вимоги до оформлення статей у журналі «Судова апеляція»

1. УДК.
2. Прізвище, ім'я та по батькові повністю, науковий ступінь, вчене звання, посада і місце роботи – трьома мовами: укр., рос., англ.
3. Заголовок – трьома мовами: укр., рос., англ.
4. Три анотації: українська + ключові слова, російська + ключові слова, англійська + ключові слова.
5. Обсяг статті – 20 000 знаків (10 сторінок з переліком літератури).
6. Після тексту статті треба зробити розширену англійську анотацію на 2 сторінки, або 4000 знаків.
7. 14 шрифт, полуторний інтервал.
8. Рецензія наукового керівника.
9. Роздрукований текст; електронний варіант.
10. Формат RTF; Windows 98-2003.
11. Бібліографічні посилання оформляти і нумерувати в порядку надходження (1, 2, 3...).
12. Текст статті має бути особисто підписаний автором до друку з датою підписання.

Редакція

Науковий редактор *І. О. Кресіна*
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підп. до друку 18.12.2018. Формат 70 x 100¹/₁₆.
Ум. друк. арк. 12,18. Наклад 350 прим.

ТОВ «Видавництво «Юридична думка»
01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-а
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004
Тел./факс (044) 278-02-23
E-mail: yurdumka@ukr.net
www.yurdumka.com

Віддруковано у ТОВ «Талком»
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013
Тел./факс (044) 424-40-69