

АЛЬМАНАХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Випуск 21

Одеса
2019

Журнал включено до Переліку наукових фахових видань України відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України № 1279 від 06.11.2014 р.

Засновник видання – Міжнародний гуманітарний університет

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet Вченою радою Міжнародного гуманітарного університету (протокол № 6 від 21.05.2019 р.)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор

Ківалова Т.С. – професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, професор

Заступник редактора

Андрейченко С.С. – завідувач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, професор

Члени редакційної колегії

Анцупова Т.О. – професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, професор;

Бабін Б.В. – професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, професор;

Батлер Вільям Елліот – заслужений професор права імені Джона Едварда Фоулера (Університет штату Пенсільванія); професор Emeritus порівняльного правознавства (Лондонський університет); іноземний член Національної академії наук України;

Бехруз Х.Н. – завідувач кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

Бігняк О.В. – завідувач кафедри європейського та міжнародного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

Кізлова О.С. – завідувач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, професор;

Короткий Т.Р. – професор кафедри європейського та міжнародного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор;

Орловська Н.А. – професор кафедри кримінального права і процесу Національної академії Прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького, доктор юридичних наук, професор;

Репецький В.М. – завідувач кафедри міжнародного права факультету міжнародних відносин Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор;

Чаба Варга – почесний професор Католицького університету Угорського інституту правової філософії, почесний професор-дослідник Інституту права Угорської академії наук;

Чубік Павел – доктор хабілітований, Європейський інститут Ягелонського університету.

Свідоцтво про державну реєстрацію ЗМІ: серія КВ № 16816-5488 Р від 25.05.2010 р.

Адреса редакції:

Міжнародний гуманітарний університет
вул. Фонтанська дорога, 33, каб. 402, м. Одеса, 65009, Україна
www.intlawalmanac.net
Тел. +38 048 719-88-48, +38 099 269-70-67

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

УДК 341.211/214
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.01>

МЕЛЬНИК В. М.,
асистент кафедри політології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
преподаватель кафедры философии и общественных наук
Винницького національного медичного університету
імені Н. І. Пирогова,
член Американського товариства юридичської історії,
головний редактор наукового журналу «Аннали юридичської історії»

ЗАМЕЧАНИЯ О МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАВСУБЪЕКТНОСТИ ВАРВАРСКИХ КОРОЛЕВСТВ ЕВРОПЫ (V–VI ВЕКА)

Аннотация. Статья посвящена проблеме правосубъектности государств в эпоху поздней Античности и раннего Средневековья. Предмет авторского исследования – международный юридический статус варварских королевств, созданных на территории Западной Римской империи, после провозглашения Эдикта Феодосия (395 г. н. э.).

Ключевые слова: античность, средние века, варвары, Западная Римская империя, международный юридический статус, суверенитет, политическая независимость, юридическая независимость, *lex foedus*.

Постановка проблемы. Западная Римская империя (395–480 гг.) распалась из-за отсутствия границы [8; 10; 14]. Ее погубили демографический взрыв и миграционные процессы в Центрально-Восточной Европе. Говоря геополитически, *европейский античный проект* поглотили *протофеодалы-евразийцы* (о протофеодализме евразийских кочевых этносов писал Ю.В. Мурзин [13]).

Вначале культурное преимущество переместилось с Запада на Восток империи. Расцвет ранневизантийской культуры – закат западных

римлян [9; 10]. Кроме того, понимание Востока совершенно трансформировалось после принятия христианства. *Граждане* начали смотреть на мир иначе. *Новая религиозность сформировала новую общность* (термин “*religare*”, в переводе с латыни, означает «соединение», «сообщество»). Христианская идентичность теперь равнялась римской [12, с. 63–70]. В тот момент, когда территорию Римской империи сотрясали войны, вторжения, бунты и узурпации (IV – V вв.), христианская идентичность (*religare*) позволила сохранить ощущение европейского коллективизма и сверхгосударственной общности.

Проблема субъектности варварских королевств. Галлы, завоеванные Юлием Цезарем (58–50 гг. до н. э.), окончательно соединили собственную идентичность с имперской только после христианизации (*Edictum Mediolanense 313 г.*). Хотя галло-римляне были отдельной общностью, их римская принадлежность отодвинула на второй план галльское самосознание. В V в. совершенно ничего не говорится о кельтском происхождении галлов. В это время, согласно римским источникам, Галлия состояла из *римлян и варваров* [11, с. 415–426]. То, что сами галлы в прошлом считались дикими и свирепыми варварами, вполне вероятно, позволило новым вторгающимся племенам германцев (*после 406 г.*), надеяться на возможность аналогичной культурной инкорпорации. Впрочем, для этого существовала веская политико-юридическая возможность – *право foedus* [2; 12; 14].

Когда вестготы создали первое политическое объединение федератов на римской территории (**Тулузское королевство 418–507 гг.**), политическое чутье заставило их мириться с местной имперской гражданской администрацией. Вестготы не только нашли компромисс с центральной императорской властью, но и наладили нормальные отношения с латиноязычным населением. Вестготская армия защищала себя и римлян от новых варварских нападений [6, с. 76–80].

В отличие от тулузцев, первое рейнское политическое объединение бургундов (**Рейнское вожество 413–436 гг.**), как и вестготы во времена балканских (376–401 гг.) или итальянских (401–412 гг.) странствований, проявляло определенную долю агрессии по отношению к римским порядкам. Об этом свидетельствует решение римлянами «бургундского вопроса» с помощью гуннов (436). Однако дальнейшее формирование бургундами нового **Лионского королевства (443–457 гг.)** демонстрирует идеологическую ассимиляцию бургундов римской культурой. Они проявили себя верными союзниками: помогали в 451–452 гг. Флавию Аэцию (390–454 гг.) противостоять Аттиле (434–453 гг.), совершили в 456–457 гг. испанский поход, принудив непокорных свевов подчиниться римской власти [14].

Вандалы, совместно с аланами создавшие **Карфагенское королевство на Севере Африки (в 429–534 гг.)**, тоже латинизировались. Вандалы относились предельно холодно к римлянам, но до конца V в. успели заимствовать римский образ жизни. Вандальский язык (не говоря об аланском) был забыт. Вандалы с удовольствием посещали римские бани и форумы.

14-дневное разграбление Рима королем Гейзерихом в 455 г., как и аналогичный поступок вестготов Алариха 24–27 августа 410 г., не означало ненависти к римской культуре (*бывшей, в первую очередь, культурой юридикации порядка*). Почитая христианское учение, даже в еретической арианской форме, вандалы причисляли себя к *Pax Romana* [12; 14].

Свевы создали политическое объединение на Иберийском полуострове в 409 г. Придя туда совместно с асдингами, силингами, ираноязычными аланами, свевы завоевали часть Галисии. Разгром вандалов и аланов вестготами (415–418 гг.) позволил свевам дополнительно оккупировать некоторые вандальские районы Испании. На первых порах **Бражское королевство (409–585 гг.)** (от названия римского города Брага – столицы свевских рексов) воевало с местными ополченцами. Итог войны – *договор о предоставлении Равенной права foedus*. Рим проиграл варварам политическую схватку, но победил цивилизационно [14].

При короле Рехиаре (448–456 гг.) произошла христианизация федератов-свевов. Эскалация противостояния с Равенной вынудила большую часть свевов поддаться арианской агитации вестготского епископа Аякса (456 г.). Хотя политическое объединение свевов оставалось арианским до 561 г., даже еретическое восприятие христианства позволяло иберийским федератам чувствовать свою принадлежность к *Pax Romana*. Недаром археологические исследования свидетельствуют о чеканке свевами монеты с изображением римских императоров [14].

Важное замечание. Все перечисленные выше этнонимы представляли собой только названия, но не народности. Первоначально их названия идентифицировались с конкретными этносами. Но разве двадцатипятилетнее странствование вестготов на Балканах и десятилетняя жизнь в Италии не наложили отпечаток на этничность и коллективное сознание? Разве можно списывать со счетов активные межэтнические контакты аланов и вандалов? Одни (*аланы*) прошли всю Европу – от Каспийского моря до Гибралтара. Другие (*вандалы*) совершили переход из Балтии в Испанию, где, приняв в свои ряды алан, высадились в Африке. Разве не сопровождалось все это смешением, соседскими браками, языковыми и культурными заимствованиями? Именно миксация (смешение) формирует этносы. *Народы сильны тогда, когда динамичны* [4].

Этническое самосознание не представляло для варваров-федератов той важности, которой их наделяли историки национально ориентированных школ. Каждый свободный человек с оружием мог присоединиться к военной структуре [4]. Туда попадали римляне, тюрки, иранцы, славяне. Пребывая в Африке, германцы-вандалы и аланы-иранцы часто действовали сообща с местными маврами. Этническая принадлежность перекрывалась военно-политической идентичностью – христианской религиозностью (*religare*) и «римской идеей» (*Idea Romana*) [12].

Например, аланы: во-первых, африканские аланы были воинами вандальской армии и полноправными участниками раздела добычи;

во-вторых, аланы были христианами-арианами; в-третьих, аланы вели римский образ жизни. Соответственно, *аланы являлись иранцами по происхождению, христианами по религии, германцами по политической принадлежности, римлянами по культуре.*

Другое дело – гунны (*Hunni*). Гунны, как и аланы, точно так же изменили свой культурный и антропологический облик в процессе миграции из Северного Китая и Монголии в Европу (II в. н. э.). Именно победы гуннских конных лучников вынудили варваров искать убежища в Римской империи [10]. Гуннские завоевания спровоцировали переселение народов. В лице гуннов Римской империи пришлось столкнуться с высокой степенью политической централизации. Иначе, каким образом гуннам удалось покорить несколько десятков народов и установить контроль над всей Восточной Европой?

Когда мы пишем о *королевствах федератов*, то имеем в виду *политическую организацию*. Мы намеренно называем их *политическими объединениями, военно-политическими общностями* или даже *вождествами*. Это значит, что указанные королевства, в политологическом смысле слова, *эволюционировали от племенного союза к протогосударственному устройству.*

Несмотря на развитие политических институтов, королевства федератов не могут считаться государствами. Юридически они находились в протекторатно-федеративной связи с Римской империей, обозначенной правом foedus.

Смысл права *foedus* свидетельствует о правовой несамостоятельности варварских королевств. ***Первый факт***, подтверждающий наше утверждение, – *предоставление права foedus империей*. Получается, что императорская власть самолично решала вопрос о предоставлении или не предоставлении *lex foedus*. ***Второй факт*** проявляется в финансово-экономических взаимоотношениях. Рим выплачивал федератам жалованье. *Варварские королевства* существовали поностью за счет римских граждан (налогоплательщиков империи). Занимаясь санкционированным императорами сбором налогов на местах, варвары также приобщались к имперской бюрократической системе.

Теория государства подтверждает: ***отсутствие юридической самостоятельности свидетельствует о негосударственном характере политического образования.*** Государство может существовать как политическая реальность. Но юридически государство может не быть (*актуальный пример Косово, не признанного Российской Федерацией, Украиной и большинством государств-членов Организации Объединенных Наций*). Для получения статуса участника международно-правовых отношений государство нуждается в юридическом признании [16, с. 18].

Значение lex foedus. В контексте истории *права foedus* мы не зря рассматриваем вопросы этнической идентичности и сознания. *Хотя этническое сознание вытекает из условий генетического происхождения племени*

(начального этногенеза), его развитие обусловлено направлением межэтнической коммуникации. В случае с варварами-федератами мы исследуем миграционное направление коммуникации. Народ, передвигающийся много лет на огромных пространствах, способен поменяться совершенно относительно начального этапа этногенеза. Обычаи и мировоззрение становятся другими. Проделали же вестготы путь от жестоких противников Рима в Скифских войнах III в. (230–270 гг.) до мирного уважительного сосуществования в Испании VI в.

По всей видимости, совершенно трансформировались взгляды варваров-федератов на проблему *независимости*. Теория государства, как исторический опыт, говорит, что независимостью может быть наделено и формально непризнанное политическое образование [1, с. 16]. Де-юре государства может не существовать на карте мира, но политически оно присутствует. Бывает и наоборот. Государства нет политически, но формально-юридическая видимость присутствует. В этом контексте важно понять одно – римское публичное право предполагало точность формулировок. На наш взгляд, это самая большая заслуга римлян перед всемирной юриспруденцией. *Если что-либо определялось юридически, то оно считалось точным*. Если вещь признавалась чьей-то в письменном юридическом порядке, то она точно принадлежала именно этому человеку. Даже если данной вещью пользовался кто-то другой или она была украдена, эта вещь оставалась признанной формальной собственностью того человека, у которого имелось на руках подтвержденное письменно право.

В правовой традиции варваров, конечно же, существовали имущественные отношения (примитивнее римских). Но принципы публичной политики не регулировались юридическими универсалиями. Они определялись экономическими потребностями. Умелая реализация конкретной потребности отдавалась в руки военного вождя (*rex, king, chief*). Если вождь не справлялся с реализацией потребности, то вместо него избирался другой правитель [5, с. 262].

Демографическое развитие Европы и миграционные процессы в Евразии заставляли германцев и других варваров проводить большую часть своей жизнь в военных столкновениях. Перманентность боевых действий на всей территории неримской Европы объясняла *неточность* формулировок. *Даже понятие войны и мира не было точным, поскольку не существовало осязательного в бытовой жизни разграничения между двумя состояниями*. Военный уклад общинной и семейной жизни (очень тесно интегрированной в политику варваров), соединенный с отсутствием точных представлений о полномочиях рекса и / или племенного совета, расширял толкование любого правила.

Правила (*протозаконы*), обсуждаемые на племенных советах, часто меняли внутреннее наполнение (в зависимости от обстоятельств очередной межплеменной войны) [12; 15]. Приход гуннов (375–454 гг.), например, вынудил германские племена Центральной Европы платить дань и постав-

лять Аттиле своих воинов. Однако ослабление гуннов в 453–454 гг. тотчас привело к отказу варваров-германцев платить дань.

В свою очередь, предоставление византийцами права *foedus* вестготам в 382 г. не означало для вестготов окончания боевых действий. Почувствовав слабость имперской армии, готы вновь и вновь бунтовали. Когда в 397 г. император Аркадий (395–408 гг.) назначил рекса Алариха командующим и диктатором Иллирика, вестготы добросовестно контролировали эту провинцию до тех пор, пока на горизонте не появились гунны. В 408 г. федераты-вестготы самовольно бросили вверенный им Константинополем Иллирик и вторглись в Италию, имея целью добиться приемлемых финансово-экономических условий существования и обеспечение выживания (в условиях гуннской экспансии) [14].

Таким образом, *самостоятельность* или *несамостоятельность* не определялись федератами *точно*. Вторжение на земли Рима совсем не доставляло приятности самим вторгающимся. Варвары вынужденно сражались и умирали, навсегда бросали насиженные места, рисковали жизнью семей. Чувствуя слабость римской военной машины, потерпев сокрушительные поражения от гуннов, германцы жаждали завоевать силой мирную жизнь на пригодной для хозяйственной обработки земле Рима. Они действовали, демонстрируя естественное право силы. С помощью применения естественного права силы германцы сумели завоевать для новой жизни отдельные римские территории. Ради мирного характера этой жизни варвары принимали условия римских императоров. *Lex foedus* означал возможность передышки после многолетних боевых действий и время для организации мирного домашнего быта. Для римлян *foedus* означал юридическую гарантию сохранения империи. *Lex foedus* – яркий пример того, как римляне, теряя государство политически, обеспечивали его существование юридически.

Влияние римского гражданского права только начинало сказываться на жизни варваров-федератов. До построения государства, организованного и функционирующего путем права, было еще далеко. Однако варвары выжили, заняли сельскохозяйственные территории и стали политической реальностью, с которой римлянам, независимо от их желаний, необходимо было считаться. *Lex foedus* – юридический результат этой необходимости.

Ощущая важность и необходимость определения *foedus*, отметим, что его значение одинаково велико для политического становления варварских королевств и для юридического существования Римской империи. ***Все королевства варваров, появившиеся на римской территории, датой своего создания считали год предоставления императором права foedus.*** Мигрирующие народности попадали под протекторат Западной Римской империи и вступали в федеративную связь с императором.

Гуннский пример 439 г. (альтернативный статус федератов). Необходимо помнить об изменчивости содержания *foedus*. Оно могло варьироваться в зависимости от конкретной военно-политической ситуации.

Одно – рассматривать *foedus* в связи с образованием варварских королевств. Другое – содержание права *foedus* для гуннов (439 г.).

Вождь Атилы (434–453 гг.) в конце 430-х гг. контролировал всю Восточноевропейскую равнину. Делятся жаркие споры о масштабе подконтрольной ему территории [7; 10; 12; 14]. Понятно одно: гуннская организация была построена совершенно иначе, чем германская [2; 4; 13]. Гунны всегда отличались лучшей дисциплиной, иной мотивацией. Их интересы концентрировались вокруг политики, а не выживания. В данном случае нажива была лишь инструментом политического возвышения.

Наличие внутренней политической организации высокого уровня, вне которой невозможным оказалось бы завоевание большой территории, продуцировало конкретную юридическую реальность. *Она восходила к опыту коммуникации гуннов с народами (сяньбийцы, персы, манси), имевшими другие представления о жизни, нежели античные эллины и римляне.* Очевидно, что гуннская организация приближалась к теоретической дефиниции государственности. Но это была *другая государственность*.

Трудно представить, что право *foedus* на Западную Паннонию, полученное Атилой от Валентиниана III (439 г.), обозначало интеграцию гуннов в юридическое пространство империи. Да и гунны не стремились интегрироваться. Они были слишком сильными, выживание для них не стояло на первом месте. Вероятно, пожалование *foedus* гуннам являлось жестом добрососедства и дипломатическим ходом для закрепления хороших отношений. В данном случае мы говорим о *международно-правовом акте – передаче территории одного государства другому*. До сих пор Римская империя добровольно не передавала целую провинцию другой стороне.

Акт 439 г. обозначал также признание Гуннского политического образования (*конфедеративного вожества*) Римом. Чтобы аргументировать передачу варварам провинции добровольно и в мирное время, вначале римляне должны были объяснить этот поступок идеологически. Лучшим объяснением могло быть только юридическое признание государственности (равноправия с Римом). Получение гуннами права *foedus* в 439 г., конечно же, выходит за рамки аналогичных пожалований. В данном случае вполне могло сказаться традиционное понимание права *foedus* как пожалования «союзнического титула».

Неразрешенным остается вопрос, осуществлялась ли римская гражданская власть на территориях, переданных гуннам. Археологические данные свидетельствуют о тотальном запустении Паннонии [7]. *Плодородная провинция превратилась в придаток Великой евразийской степи.* Возможно также, что римский контроль имел номинальную природу. В любом случае последствия (что заставляет нас говорить о его сущности) договора с гуннами коренным образом отличались от последствий договоров с другими федератами.

Остается и, видимо, останется открытым вопрос, какой была юридическая форма взаимоотношений между Римской империей и гуннами в 420–430-х гг., до договора 439 г. Ведь гунны к тому времени уже были союзниками Запада, усмиряли бунтующих федератов (вестготов и бургундов). Могли ли они это делать без юридически *точно* определения своей связи с Римом, регламентирующего условия похода, полномочия и вознаграждение? Позволим себе усомниться в этом.

Вывод. Римляне использовали собственную юридическую точность во благо Империи, тогда как варвары-германцы, проявив пренебрежение к форме и значению формулировок, завоевали собственное место на политической карте Европы. Варвары не видели существенного значения римских условностей. И, как показывает изложение практики *foedus*, не стеснялись себя договорными рамками. В этом ключе варвары-федераты проявляли естественную *независимость*.

Международное право всегда зависело от идентичности и самовосприимчивости народных масс. Римляне считали, что варвары им подчиняются, тогда как варвары подчинялись римлянам только для виду (в условиях необходимости сохранения мирной жизни), а иногда в условиях силового давления. Вспомним пример бургундов, экспансию которых в Бельгию Флавий Аэций смог остановить только путем применения войск Атиллы (436 г.). Ведь бургунды на тот момент юридически, то есть согласно римской точке зрения, были федератами Рима, что, конечно же, делало их подчиненными римской военной власти. Но бургундская точка зрения, очевидно, в корне отличалась от римской. Увидев временное ослабление Равенны, бургунды занялись реализацией собственных интересов. *Получается, что Рим всегда считал бургундов частью империи, а бургунды себя таковыми считали ситуативно.* При этом бургунды соглашались (до и после 436 г.) на получение права *foedus* и номинально клялись в верности западному римскому императору.

Может быть, *юридические понятия и формулировки античной правовой традиции* не были доступны их пониманию. Однако варвары знали, что документы и обряды связывали племена с Римом, а это предоставляло возможности дополнительных политических маневров и часто являлось необходимым условием сохранения мира.

Литература:

1. Абашидзе А.Х. Принципы международного права: проблемы понятийно-содержательного характера. *Московский журнал международного права*. 2017. № (4). С. 19–30. URL: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2017-4-19-30>.
2. Буданова В.П. Великие миграции II–VII вв.: этапы и системно-структурная характеристика. *Преподаватель XXI век. МПГУ*. 2013. № № 4–2. С. 268–275.
3. Верещагина Н.В. *Курс лекций по истории мировой культуры и искусства*. Одесса : Астропринт, 2013. 268 с.
4. Гумилев Л.Н. В поисках вымышленного царства. Санкт-Петербург : Азбука, 2014. 480 с.

5. Казанский М.М., Перен П. «Королевские» и «вождеские» погребения раннемеровингского времени в Галлии. *Краткие сообщения Института археологии*. 2014. № 234. С. 262–286.
6. Коньков Д.С. Трансформация социальных связей в Аквитании в ходе формирования Вестготского королевства. *Вестник Кемеровского государственного университета*. 2013. № № 2–3 (54). С. 76–80.
7. Котигорошко В.Г. Верхне Потисся в давнину. Ужгород : Карпати, 2008. 432 с.
8. Куликова Ю.В. Характерные черты внешней политики Западной Римской империи накануне ее падения. *Семёновские чтения : материалы XI Всероссийской научной конференции памяти В.Ф. Семёнова*. Москва : МПГУ, 2018. С. 49–57.
9. Ле Гофф Жак. Рождение Европы. Санкт-Петербург : Александрия, 2014. 398 с.
10. Люттвак Э.Н. Стратегия Византийской империи. Москва, 2016. 664 с.
11. Манукян Э.М. Род Аполлинариев и социокультурные стратегии галло-римской аристократической фамилии в IV–V вв. *Научные ведомости Белгородского государственного университета*. Серия «История, политология». 2018. Т. 45. № 3. С. 415–426.
12. Мельник В.М. Смена эпох: очерк формирования римско-византийской доктрины международного права (III–VI века). *Аннали юридичної історії*. 2018. Т. 2. № № 1–2. С. 63–108.
13. Мурзин В.Ю. Скифская проблема глазами автора. Киев, 2014. 120 с.
14. Мюссе Люсьен. Варварские нашествия на Европу: германский натиск. Пер. с фр. А.П. Саниной. Санкт-Петербург : Евразия, 2008. 400 с.
15. Суровень Д.А. Правовое положение населения по «Салической правде»: к вопросу о сущности варварских обществ и государств. *Историко-правовые проблемы: новый ракурс*. 2015. № 14. С. 87–151.
16. Толстых В.Л. Государство в историческом и международно-правовом контексте. *Московский журнал международного права*. 2017. № 106 (2). С. 18–28. DOI: 10.24833/0869-0049-2017-106-2-18-28.

Мельник В. М. Зауваження щодо міжнародної правосуб'єктності варварських королівств Європи (V – VI століття)

Анотація. Статтю присвячено проблемі правосуб'єктності за доби пізньої Античності та раннього Середньовіччя. Предметом авторського дослідження є міжнародний юридичний статус варварських королівств, заснованих на території Західної Римської імперії, після проголошення Едикту Феодосія (395 р. н. е.).

Ключові слова: античність, середньовіччя, варвари, Західна Римська імперія, міжнародний юридичний статус, суверенітет, політична незалежність, юридична незалежність, *lex foedus*.

Melnyk V. Remarks on the international legal status of barbarian kingdoms (chiefdoms) of Europe (V – VI centuries)

Summary. The article examines in detail the problem of legal status in the era of late antiquity and the early middle ages. The author uses the political-anthropological theory and methodology, when characterizes the barbarian kingdoms of the V – VI centuries, as “inferior states”. The problem of incompatibility of the concepts of “political sovereignty” and “legal sovereignty”

is studying. It has great importance for the historical theory of international law. The context and intertext of the *lex foedus* are analyzed, which, in the author's opinion, denotes a system of "protector-federative" official and legal relations between Rome and the barbarian tribes. The main examples of the narrative are kingdoms of Ostrogoths, Visigoths, Vandals, Alans, Svevs and Burgundians. Describes in detail the context of the mutual relations of the Romans and Burgundians in the time of the Rhine and Lyon kingdoms. The author draws attention to the ideology of Roman public law. The Roman emperor, according to this statement, was the sovereign and legal ruler of all kingdoms, which in modern historiography decided to call "barbaric". Special attention is paid to the legal relations between the Huns and the Romans in 395–454.

Key words: Antiquity, Middle Ages, barbarians, Western Roman Empire, international legal status, sovereignty, political independence, legal independence, *lex foedus*.

УДК 343.341
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.02>

ПАРХОМЕНКО-КУЦЕВІЛ О. І.,
доктор наук з державного управління,
завідувач кафедри публічного адміністрування
Міжрегіональної Академії управління персоналом

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ВИБОРНОСТІ ПОСАД ЯК ОСНОВА ФОРМУВАННЯ КАДРОВОГО ПОТЕНЦІАЛУ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Анотація. Проаналізовані засади відбору керівників антикорупційних органів державної влади, зокрема: голови Національного агентства з питань запобігання корупції, директора Національного антикорупційного бюро України, голови Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, директора Державного бюро розслідувань. Запропоновані інноваційні шляхи відбору через систему виборності.

Ключові слова: запобігання корупції та боротьба з нею, керівники антикорупційних органів державної влади, конкурс, відбір, виборність, ефективність діяльності.

Постановка проблеми. Проблеми запобігання та подолання корупції впливають не тільки на соціально-економічне становище країни, її міжнародний імідж, гальмують процеси реформування життєдіяльності суспільства, а й погіршують добробут кожного громадянина в Україні.

Однією з важливих проблем є формування професійного корпусу працівників антикорупційних органів державної влади, які б були чесними, політично незалежними, принциповими, неупередженими, мали досвід у боротьбі з корупцією та бажання змінювати країну на краще. Особливо це стосується керівників антикорупційних органів.

Від професійності, аналітичних здібностей, моральних якостей, досвіду, умінь і навичок керівника органу державної влади залежатиме й ефективність і результативність діяльності всього органу державної влади.

Водночас варто констатувати, що, на жаль, ефективність і результативність новостворених антикорупційних органів державної влади поки що мізерні.

Тому назріла реальна потреба в переосмисленні ролі конкурсного відбору керівників антикорупційних органів державної влади.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблему запобігання та подолання корупції, а також діяльність антикорупційних органів державної

влади аналізують учені в різних галузях науки, зокрема правознавці, політологи, соціологи, психологи, державні управлінці й ін. Так, формування та розвиток антикорупційних інституцій в Україні та світі досліджують: С. Александров, В. Андріанов, Л. Багрій-Шахматов, О. Банчук, І. Бачинський, В. Белік, В. Берзнер, Т. Іленок, О. Кальман, М. Камлик, І. Козьяков, О. Костенко, В. Кузьменко, О. Куриленко, В. Литвиненко, О. Лук'янов, О. Маркеева, М. Мельник, О. Михайльченко, А. Мовчан, О. Мусієнко, Є. Невмержицький, А. Новак, В. Пелішенко, С. Петрашко, С. Серьогін, О. Сінчук, Л. Ситник, Є. Скулиш, М. Фоміна, М. Хавронюк, Н. Ченшова, М. Ярошенко, І. Яцків та ін.

Водночас сьогодні відсутній системний аналіз шляхів удосконалення процедури формування керівників антикорупційних органів державної влади як основа реалізації ефективної антикорупційної політики.

Метою статті є обґрунтування шляхів удосконалення процедури формування керівників антикорупційних органів державної влади як основа реалізації ефективної антикорупційної політики.

Виклад основного матеріалу дослідження. На початку дослідження проаналізуємо систему відбору керівників антикорупційних органів державної влади в Україні.

Відповідно до Закону України «Про запобігання корупції», голова Національного агентства з питань запобігання корупції обирається Агентством строком на два роки із числа його членів [6].

Водночас члени Національного агентства призначаються на посаду Кабінетом Міністрів України строком на чотири роки за результатами конкурсу. Прем'єр-міністр України вносить для призначення Кабінетом Міністрів України на посади членів Національного агентства кандидатів, відібраних конкурсною комісією, склад якої затверджує Кабінет Міністрів України та яка здійснює організацію та проведення конкурсу.

До складу конкурсної комісії входять: особа, визначена Верховною Радою України за поданням комітету Верховної Ради України, до предмета відання якого належать питання боротьби з організованою злочинністю і корупцією; особа, визначена Президентом України; особа, визначена Кабінетом Міністрів України; керівник спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань державної служби; чотири особи, запропоновані громадськими об'єднаннями, що мають досвід роботи у сфері запобігання корупції, які відбираються в порядку, визначеному Положенням про конкурс. Рішення конкурсної комісії вважається ухваленим, якщо за нього на засіданні конкурсної комісії проголосували не менше шести членів конкурсної комісії [6].

Отже, не можна констатувати, що конкурс на посади членів Національного агентства з питань запобігання корупції не залежить від політичного керівництва держави. Адже четверо членів конкурсної комісії є представниками владних структур, а рішення вважається ухваленим за умови, що за кандидата проголосують шестеро членів конкурсної комісії.

Відповідно до Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України», керівництво діяльністю Національного бюро здійснює його директор, який призначається на посаду та звільняється з посади Президентом України в порядку, визначеному цим Законом [7]. Тобто передбачено право призначати одноосібно.

Законом України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів» визначено, що голова Національного агентства призначається на посаду Кабінетом Міністрів України строком на п'ять років за результатами конкурсу [10].

Відбір кандидата на посаду голови Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, здійснює конкурсна комісія, члени якої обираються із числа осіб, які не є особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, мають бездоганну ділову репутацію, високий суспільний авторитет, а також досвід роботи, пов'язаний з участю у формуванні та/або реалізації політики у сферах кримінальної юстиції або запобігання і протидії корупції, та до складу якої входять: три особи, визначені Верховною Радою України; одна особа, визначена Генпрокурором; одна особа, визначена директором Національного антикорупційного бюро України; одна особа, визначена міністром юстиції України; одна особа, визначена головою центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення; одна особа, визначена міністром фінансів України [10].

Конкурсна комісія сформована лише з осіб, які є посадовцями та залежать від політичної волі свого суб'єкта призначення.

Теж саме стосується і конкурсної комісії на зайняття посади директора Державного бюро розслідувань.

Так, згідно із Законом України «Про державне бюро розслідувань» директор Державного бюро розслідувань призначається на посаду Президентом України за поданням прем'єр-міністра України відповідно до подання комісії із проведення конкурсу на зайняття посади директора Державного бюро розслідувань. До складу Конкурсної комісії входять: три особи, визначені Президентом України; три особи, визначені Верховною Радою України за поданням комітету Верховної Ради України, до предмета відання якого належать організація та діяльність органів досудового розслідування; три особи, визначені Кабінетом Міністрів України [8].

Відповідно до Закону України «Про прокуратуру», призначення заступника Генпрокурора – керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури здійснюється встановленим цим Законом порядком Генпрокурором [9].

Отже, процедури призначення керівників антикорупційних органів державної влади різні: у Національному агентстві з питань запобігання корупції голову обирають члени цього агентства серед себе; директора Національного антикорупційного бюро України та директора Державного бюро розслідувань призначає на посади Президент України; голову Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, призначає на посаду Кабінет Міністрів України; керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури призначає на посаду Генпрокурор. Тобто кожний із керівників антикорупційних органів має стратегічного партнера в особі суб'єкта призначення або того, хто лобював дане призначення, водночас не спрямований на плідну діяльність у системі державної антикорупційної політики.

Ефективною, на нашу думку, є виборність голів або керівників антикорупційних органів державної влади, як це відбувається у Сполучених Штатах Америки (далі – США) під час виборів суддів.

Виборність суддів – один із конституційних принципів судової системи в низці закордонних країн. Принцип виборності суддів означає, що всю або основну частину суддів у державі повинно обирати або безпосередньо населення, або окремий представницький орган. Нині виборність суддів існує в деяких штатах США і в низці кантонів Швейцарії [2, с. 117].

У США юристи стають суддями в один із таких способів: а) через призначення вищою виконавчою особою, за умови затвердження її кандидатури законодавчим органом; б) шляхом відбору вищою виконавчою особою зі списку кількох кандидатів, що його надає незалежна комісія; в) через загальні вибори; г) через вибори в законодавчому органі [11, с. 52–53]. Водночас, як зазначив Б. Футей, терміни перебування на посаді судді відрізняються залежно від суду. Судді можуть бути призначені на термін від чотирьох до шести років, а в деяких випадках – від дванадцяти до п'ятнадцяти за умови бездоганної поведінки, зазвичай безстроково. Федеральна система є найвідомішим прикладом висунання кандидатур на посади виконавчою владою та затвердження її законодавчою [12, с. 57].

У результаті проведеного аналізу порядку висунення та призначення федеральних суддів США, К. Гуценко зауважив, що кандидат на посаду судді повинен бути видатним юристом і лідером у тій місцевості, де він висувається, а його особиста і професійна репутація має бути бездоганною. До того ж у процесі перевірки кандидата на посаду судді прискіпливо вивчається його особа та всебічно з'ясовуються професійні й особисті якості. До такої перевірки залучається навіть Федеральне бюро розслідувань [4, с. 10–11].

Значна увага приділяється освіті та професійному рівню кандидатів на посаду судді. У США судді обіймають посаду після декількох років юридичної практики як приватні адвокати, прокурори та публічні захисники. У результаті, новоспечений суддя у США зазвичай значно старший колега, що працює

ють у країнах романо-германського права. До того ж не лише професійний, але й життєвий досвід вважається необхідним для винесення виважених і якісних рішень. З огляду на те, що згідно з більшістю схем заміщення судових посад, суддею у США або обирає безпосередньо населення, або їх призначають на посади виборні офіційні особи, неабияке значення має попередній досвід роботи кандидата, зокрема і його політична кар'єра. Водночас після заміщення посади судді заборонена політична діяльність. Проте політична орієнтація судді не зникає і проявляється в «судовій філософії» [3, с. 92].

Характеризуючи системи обрання суддів на посаду, В. Бернам зазначив, що вибори суддів у багатьох штатах ґрунтуються на уявленні про те, що судді, як і інші посадові особи, які виконують владні функції, у демократичному суспільстві повинні бути відповідальними перед народом [1, с. 318].

З-поміж інших методів на особливу увагу заслуговує метод, що загалом відомий як «План Міссурі». Вважається, що така система призначення набула підтримки, бо дозволяла уникнути політичного протекціонізму й надавала деякі гарантії неупередженості та професіоналізму суддів, залишаючи деяку свободу для глави виконавчої влади на підставі власних політичних міркувань. Цей метод базується на тому, що докладаються зусилля, щоби створити комісію на безпартійних засадах і таким чином уникнути партійного протекціонізму під час відбору. Коли з'являється вакансія на посаду судді, комісія заохочує громадськість і юридичні кола висувати свої кандидатури. Потім комісія переглядає всі одержані відомості про кожного кандидата і проводить співбесіди з найбільш перспективними з них. Губернатор отримує список найбільш гідних претендентів формально – без урахування їхньої приналежності до тієї чи тієї політичної партії. В окремих штатах такий список складається із трьох прізвищ, в інших може бути висунуто п'ятеро кандидатів [11, с. 55].

Отже, сутність його зведена до одного: глава виконавчої влади робить остаточний вибір, і суддю призначають на обмежений строк, наприкінці якого, якщо він бажає залишитися на посаді, він має висунути свою кандидатуру перед виборцями. А висувається кандидатура не проти якого-небудь іншого кандидата і не за партійним списком, а спираючись лише на власну репутацію, а вже виборцям належить вирішити, чи залишиться на суддівській посаді відповідний кандидат [5, с. 47]. Водночас автор зауважує, що основним недоліком вказаного методу є те, що глава виконавчої влади, маючи право вирішального голосу, може зловживати ним, може бути схильний віддати перевагу не юридичним, а політичним талантам, а таке призначення може стати звичайним обманом громадськості [5, с. 48].

Отже, виборність голів (керівників) антикорупційних органів державної влади зменшить можливості їхньої недоброчесності, водночас підвищить їхню відповідальність перед тими, хто їх обрав.

Процедура відбору керівників антикорупційних органів державної влади повинна проводитися за таким алгоритмом.

1. Формування незалежної конкурсної комісії (далі – Комісія) з метою визначення відповідності кандидатів основним вимогам, які висувуються до такого роду посад.

Так, на нашу думку, Комісія, яка відбиратиме керівників антикорупційних органів, повинна складатися із громадських українських активістів, які протягом трьох років працюють у системі антикорупційної політики, а також які не є грантоотримувачами. Потім – міжнародні експерти таких організацій, як Transparency International, які мають успішних досвід участі у формуванні антикорупційної політики в різних країнах.

2. Перевірка Комісією на відповідність професійних і ділових якостей особисті (наявність відповідного диплома про вищу освіту, досвід роботи тощо).

Усі кандидати, які відповідають вимогам законодавства в частині професійних і ділових якостей, а також ті, які пройшли комп'ютерне тестування на знання законодавства із запобігання корупції та боротьби з нею, комп'ютерне тестування на знання міжнародно-правових актів із питання боротьби з корупцією, допускаються до загальних виборів.

3. Комісія має право провести також додаткові процедури з метою їх оприлюднення. Однак Комісія за результатами додаткових процедур не ухвалює рішення щодо відбору кадрів, а лише констатує рівень їхнього потенціалу та рекомендує кандидатам пройти вибори.

Комісія може проводити додатково такі процедури відбору, які не впливають на право кандидата бути допущеними до виборів:

- психологічне тестування (визначення основних показників особистості);
- проходження поліграфа (з метою визначення чесності кандидатів);
- виконання ситуативних завдань;
- проходження співбесіди.

4. Далі відбуваються процедури вибору громадянами України голів (керівників) антикорупційних органів державної влади через електронне голосування. Електронною ідентифікацією особи може бути електронний підпис (наприклад, електронний підпис, що використовується для подання електронної декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування). Це дасть можливість людям обрати тих антикорупційних керівників, яких вони вважають чесними, неупередженими, професійними, а також яким довіряють.

5. Доцільно прописати процедуру відкликання голів (керівників) антикорупційних органів державної влади в разі їхньої нечесності або корупційних дій тощо.

Тому в чинних нормативно-правових документах варто врегулювати не тільки виборність таких голів (керівників) антикорупційних органів державної влади, а і процедуру їх відкликання в разі їхньої нечесності або корупційних дій тощо.

Висновки. У статті проаналізовані засади відбору керівників антикорупційних органів державної влади, зокрема: голови Національного агент-

ства з питань запобігання корупції, директора Національного антикорупційного бюро України, голови Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, директора Державного бюро розслідувань. Запропоновані інноваційні шляхи відбору через систему виборності.

У перспективі подальших розвідок – здійснення аналізу сучасних світових моделей формування антикорупційних органів державної влади, зазначення позитивного закордонного досвіду.

Література:

1. Бернам У. Правовая система США. Пер. с англ. А. Александрова и др. Москва : Новая юстиция, 2007. Вып. 3. 1216 с.
2. Большой юридический словарь / под ред. А. Сухарева. 3-е изд., доп. и перераб. Москва, 2006. Т. 6. 858 с.
3. Власова Г. Судейский корпус в судебных системах зарубежных стран. *Юристы-правоведы*. 2008. № 5. С. 89–93.
4. Гуценко К. Правосудие по-американски ; Общество «Знание» РСФСР ; Научно-методический совет по пропаганде вопросов государства и права. Москва, 1969. 54 с.
5. Делмар К. Американские суды: система и персонал. Организация правосудия в США / под ред. и с вступ. ст. Б. Никифорова. Пер. с англ. В. Власихин. Москва : Прогресс, 1972. 124 с.
6. Про запобігання корупції : Закон України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1700-18> (дата звернення: 20.08.2018).
7. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1698-18> (дата звернення: 20.08.2018).
8. Про Державне бюро розслідувань : Закон України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-19> (дата звернення: 07.09.2018).
9. Про прокуратуру : Закон України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18?find=1&text=%E0%ED%F2%E8%EA%EE%F0#w11> (дата звернення: 07.09.2018).
10. Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів : Закон України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/772-19> (дата звернення: 07.09.2018).
11. Мідор Д. Суды у Сполучених Штатах. Сент-Пол : Вест Паблішінг Ко, 1991. 85 с.
12. Футей Б. Добір суддів Сполучених Штатів Америки за освітніми і фаховими ознаками. *Вісник Верховного Суду України*. 2001. № 2. С. 57–58.

Пархоменко-Кудевил О. И. Международный опыт выборности должностей как основа формирования кадрового потенциала антикоррупционных органов государственной власти

Аннотация. Проанализированы принципы отбора руководителей антикоррупционных органов государственной власти, в том числе: председателя Национального агентства по вопросам предотвращения коррупции, директора Национального антикоррупцион-

ного бюро Украины, председателя Национального агентства Украины по вопросам выявления, розыска и управления активами, полученными от коррупционных и других преступлений, руководителя Специализированной антикоррупционной прокуратуры, директора Государственного бюро расследований. Предложены инновационные пути отбора через систему выборности.

Ключевые слова: предотвращение коррупции и борьба с ней, руководители антикоррупционных органов государственной власти, конкурс, отбор, выборность, эффективность деятельности.

Parkhomenko-Kutsevil O. International experience of election positions as the basis for the formation of the personnel potential of anti-corruption bodies of state power

Summary. The article analyzed the principles of selection of leaders of anti-corruption bodies of state power. The author proposed innovative ways of selection through the electoral system. The procedure for selecting managers of anti-corruption bodies of state power should have the following algorithm: the formation of an independent competitive commission; checking by the commission on the correspondence of professional and business qualities personal (availability of a corresponding diploma on higher education, work experience, etc.); The Commission is also entitled to conduct additional procedures in order to make them public; Elections by the citizens of Ukraine of heads (heads) of anti-corruption bodies of state power through electronic voting. An electronic signature of a person may be an electronic signature (for example, an electronic signature used to submit an electronic declaration of a person authorized to perform functions of the state or local government).

Key words: prevention and fight against corruption, leaders of anti-corruption bodies of state power, competition, selection, election, effectiveness of activity.

УДК 343.2/7
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.03>

РЕЗНІК Ю. С.,

кандидат юридичних наук,
старший викладач відділу підвищення кваліфікації прокурорів
з питань запобігання корупції
Інституту підвищення кваліфікації прокурорів
Національної академії прокуратури України

ХАРАКТЕРИСТИКА КАТЕГОРІЇ «СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИННОГО ДІЯННЯ» ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КРАЇН-УЧАСНИЦЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Анотація. У статті йдеться про одну із ключових категорій кримінального права «суб'єкт злочинного діяння», правова характеристика якої містить низку обов'язкових ознак, склад яких відрізняється в різних країнах. Зазначена правова категорія розглядається з позицій порівняльного правознавства, стосовно до окремих країн – членів Євросоюзу.

Ключові слова: Європейський Союз, порівняльне правознавство, суб'єкт злочину.

Постановка проблеми. Вивчення законодавства закордонних країн із позиції порівняльного правознавства завжди вважалося одним із необхідних напрямів у роботі з удосконалення національного законодавства. У межах розвитку кримінального права звернення до базових категорій видається найбільш пріоритетним, оскільки дозволяє з'ясувати ставлення до них законодавця тієї чи іншої країни, залученої в міжнародні відносини і вимушеної погоджувати своє внутрішнє право із правом іноземних держав. У зв'язку з обсягом роботи вважаємо за можливе свідомо обмежити дослідження, по-перше, окремими країнами-учасниками Європейського Союзу (далі – ЄС), а по-друге, тільки кримінальним кодексом відповідних країн як нормативним актом, що має основний характер.

У даній роботі йдеться про одну із ключових категорій кримінального права «суб'єкт злочинного діяння», правова характеристика якої містить низку обов'язкових ознак, склад яких відрізняється в різних країнах. Суб'єктний склад осіб, які вчиняють злочинні діяння, у різних країнах Європейського Союзу помітно диференціюється: більшість країн як суб'єкт злочину розглядають тільки фізичних осіб, деякі країни ввели кримінальну відповідальність юридичних осіб.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З огляду на вищезазначену тематику, даному питанню приділяється значна увага як вітчизняних, так

і закордонних учених. Її досліджували такі науковці, як: Є.Ю. Антонова, С.С. Беляєва, А.С. Беніцький, В.Н. Додонов, З.А. Загинеї, В.О. Оганесян, Р.Л. Туляков, А.М. Яценко й інші. Однак здебільшого вчені зосереджують свою увагу на концептуальних засадах запровадження заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб, залишають водночас поза увагою проблему кримінально-правових і кримінальних процесуальних аспектів квазікримінальної відповідальності юридичних осіб.

Мета статті – проаналізувати кримінально-правові аспекти квазікримінальної відповідальності юридичних осіб за законодавством закордонних країн, а також дати правову характеристику суб'єкту злочину на прикладі окремих країн.

Виклад основного матеріалу дослідження. Описуючи ознаки фізичної особи, що виступає суб'єктом злочинного діяння, законодавці виділили два основних критерії, яким така фізична особа має відповідати: вік і осудність. Отже, можна зробити висновок про те, що, розглядаючи кримінально-правові аспекти делінквентності неповнолітніх, законодавець узяв до уваги, з одного боку, їхню недостатню соціалізованість, нестійкість психіки неповнолітніх, відносну поверховість їхньої правосвідомості, а з іншого – те, що після досягнення певного віку неповнолітні вже можуть оцінювати свої дії і нести за них відповідальність [1]. Мінімальний вік фізичної особи, що підлягає кримінальній відповідальності, коливається від 12-ти до 18-ти років: у Кримінальному кодексі (далі – КК) Нідерландів [2] закріплено, що кримінальна відповідальність настає із 12-ти років; за КК Франції [3], фізичні особи несуть кримінальну відповідальність після досягнення віку 13-ти років; у КК Австрії [4], Республіки Болгарія [5], Італії [6], Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН) [7], Чехії [8] мінімальний вік кримінальної відповідальності встановлюється із 14-ти років; КК Данії [9], Швеції [10] та Швейцарії [11] встановлюють мінімальний вік суб'єкта злочинного діяння з 15-ти років; іспанський КК [12] встановлює, що особи, які не досягли 18-ти років, не підлягають кримінальній відповідальності.

§ 11 КК Австрії розкриває таку ознаку суб'єкта злочину, як неосудність: «Хто під час учинення діяння внаслідок психічної хвороби, недоумства, глибокого розладу свідомості або внаслідок іншого тяжкого психічного відхилення, рівноцінного одному із цих станів, не здатний усвідомлювати протиправність свого діяння або діяти з усвідомленням його протиправності, той діє без вини». Також до стану неосудності прирівнюється стан «повного» сп'яніння, що виключає осудність (§ 287 КК Австрії).

У Республіці Болгарія щодо осудності встановлені такі правила: «Не є кримінально відповідальною особа, яка діє у стані неосудності – коли внаслідок розумової недорозвиненості, тривалого або короткочасного розладу психіки вона не могла розуміти характеру або значення скоєного чи керувати своїми вчинками. Не застосовується покарання до особи, яка вчинила злочин, у якої до винесення вироку наступило захворювання пси-

хіки, унаслідок чого вона не може розуміти характер і значення своїх учинків або керувати ними. Така особа підлягає покаранню в разі одужання. До цих осіб у передбачених у цьому Кодексі випадках можуть бути застосовані відповідні примусові заходи медичного характеру» (ст. ст. 33, 34 КК Республіки Болгарія).

У КК Нідерландів також приділено увагу неосудності як основі незастосування кримінальної відповідальності: «Особа, яка вчиняє правопорушення, за які вона не може нести відповідальність із причин недоліків у розумовому розвитку або душевної хвороби, не підлягає кримінальній відповідальності» (ст. 39 КК Нідерландів).

КК Данії обумовлює правила призначення покарання у випадках неосудності й обмеженої осудності: «Особа, які під час вчинення діяння діяли несвідомо у зв'язку із психічним захворюванням або станом, який можна порівняти із психічним захворюванням, не підлягають покаранню. Аналогія застосовується до осіб, психічно неповноцінних у важкій формі. Якщо обвинувачений тимчасово перебував у стані психічного розладу або у стані, прирівняному до психічного захворювання у зв'язку із вживанням алкоголю чи інших п'яних речовин, він в деяких ситуаціях може бути покараний. Особи, які під час скоєння діяння перебували в невеликому ступені психічної неповноцінності, не підлягають покаранню, за винятком особливих обставин. Те ж застосовується до осіб, які перебувають у стані, прирівняному до психічної неповноцінності» (§ 16 КК Данії). Зазначимо, що, на відміну від вищерозглянутих країн, де стан алкогольного сп'яніння розглядається як обставина, що пом'якшує або виключає відповідальність (наприклад, КК Австрії), КК Данії встановлює відповідальність за приведення особи себе у стан алкогольного сп'яніння, умисно або через грубу недбалість, якщо в цьому стані вона наражає на небезпеку інших осіб або цінне майно, а за обтяжуючих обставин, особливо коли завдано значної шкоди і в разі рецидиву, покарання збільшується.

Відповідно до КК Іспанії, крім недосягнення віку кримінальної відповідальності, не притягується до кримінальної відповідальності: 1) той, хто під час учинення кримінального діяння через будь-яке психічне відхилення або порушення не міг усвідомлювати протиправності скоєного ним діяння або керувати своїми діями. Тимчасовий психічний розлад не є підставою для звільнення від покарання, якщо воно було спровоковано самим суб'єктом із наміром учинити злочин або у випадках, коли він передбачав або мав передбачати можливість його здійснення; 2) той, хто під час скоєння злочину перебував у стані сильного алкогольного отруєння, під дією токсичних або одурманюючих наркотичних засобів, психотропних речовин тощо і не мав наміру вчинити злочин або не передбачав і не повинен був передбачати можливість його вчинення, а також перебував під впливом синдрому абстиненції через вплив таких речовин, що перешкоджало розумінню ним протиправності діяння або керування своїми діями; 3) той, хто страждає на психічні порушення, що супроводжуються нездатністю

усвідомлювати дійсність, з народження або з дитинства. До вищезазначених осіб, за необхідності, застосовуються заходи безпеки (ст. 21 КК Іспанії).

КК Італії передбачає повну осудність і зменшену осудність. Італійський законодавець у главу про суб'єкта злочину помістив і норми про відповідальність рецидивістів, а також осіб, визнаних «традиційними» злочинцями, «професійними» злочинцями і «злочинцями за схильністю». Рецидивістом вважається особа, яка після засудження за один злочин учиняє інший злочин. За загальним правилом, покарання за новий злочин для рецидивістів підвищується на одну шосту. Покарання підвищується на одну третину у випадках, якщо рецидивіст знову скоїв злочин того ж виду, що й попередній; рецидивіст учинив новий злочин протягом п'яти років із моменту засудження за попередній злочин; рецидивіст знову скоїв злочин протягом терміну відбування покарання за попередній злочин. Якщо є кілька з перелічених обставин, то покарання для рецидивіста може бути збільшено наполовину. Традиційним злочинцем за законом вважається особа, яка після засудження до позбавлення волі на строк понад п'ять років за три злочини одного виду, крім необережних, скоєних протягом десяти років, знову засуджується за новий злочин того ж виду, крім необережного, протягом десяти років із моменту засудження за останній із попередніх злочинів. Особа, яка, будучи «традиційним злочинцем», засуджується за новий злочин, може бути визнана судом професійним злочинцем з урахуванням характеру вчинених злочинів, поведінки і способу життя винного, а також обтяжуючих обставин. Визнати особу «традиційним» або «професійним» злочинцем суд може в будь-який час, як у момент проголошення вироку, так і після виконання покарання. Злочинцем за схильністю може бути визнаний судом той, хто, не будучи ні рецидивістом, ні традиційним, ні професійним злочинцем, учинив злочин проти життя і здоров'я, крім необережного, який за тяжкістю обставин скоєння, стійкості умислу свідчить про схильність винного до злочинної діяльності. Визнати особу схильною до скоєння злочинів суд може тільки в момент проголошення вироку [6, ст. ст. 99, 102, 105, 108, 109].

У Франції, крім досягнення віку кримінальної відповідальності, фізична особа повинна мати осудність, що зазначено у ст. 122–1 КК Франції: «Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка в момент скоєння діяння страждала на будь-який психічний або нервово-психічний розлад, що позбавило її здатності усвідомлювати або контролювати свої дії». Щодо обмеженої осудності КК Франції висловлюється так: «Особа, яка в момент учинення діяння страждала на будь-який психічний або нервово-психічний розлад, що знизило її здатність усвідомлювати або заважало їй контролювати свої дії, підлягає кримінальній відповідальності; однак суд ураховує дану обставину під час призначення покарання та встановлення режиму його виконання».

У ФРН, крім неосудності за віком, виокремлюють також неосудність унаслідок психічних розладів: «Без вини діє той, хто, здійснюючи діяння,

унаслідок хворобливого психічного розладу, глибокого розладу свідомості або недоумства, або іншого тяжкого психічного відхилення не здатний усвідомлювати неправомірність діяння або діяти відповідно до цього усвідомлення» (§ 20 КК ФРН); зменшену осудність: «Якщо здатність особи усвідомлювати неправомірність свого діяння або діяти відповідно до цього усвідомлення зменшена внаслідок хворобливого психічного розладу, глибокого розладу свідомості або недоумства, або іншого тяжкого психічного відхилення, то покарання може бути пом'якшене так: довічне позбавлення волі замінюється позбавленням волі на строк не менше трьох років; за тимчасового позбавлення волі покарання може бути призначено максимум до трьох чвертей передбаченого максимального терміну; підвищений мінімальний термін покарання у вигляді позбавлення волі знижується в разі мінімального терміну від десяти або п'яти років – до двох років, а в разі мінімального терміну від трьох або двох років – до шести місяців, у разі мінімального терміну від одного року – до трьох місяців, у решті випадків – до мінімального терміну, передбаченого законом» (§ § 21, 49 КК ФРН).

У КК Швейцарії питання неосудності і пов'язані з ним урегульовані досить докладно. Зокрема, наводиться визначення неосудності: «Хто внаслідок душевної хвороби, недоумства або тяжкого помутніння свідомості на момент учинення злочинного діяння не здатний усвідомлювати протиправність свого злочинного діяння або діяти з усвідомленням цієї протиправності, є безкарним» (ст. 10). Винятком є заходи, що застосовуються до душевнохворих і під час лікування осіб, що зловживають спиртними напоями та наркотичними речовинами. До того ж у кн. 2-й КК Швейцарії є норма, що встановлює відповідальність за вчинення злочинного діяння особою у стані неосудності, якщо до такого стану вона сама себе довела (ст. 263 КК Швейцарії): особа, яка є неосудною внаслідок того, що перебувала у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння, до якого вона сама себе довела, і в цьому стані вчиняє злочинне діяння, що є злочином або проступком, підлягає покаранню ув'язненням або штрафом.

§ 26 КК Чехії досить абстрактним чином формулює підстави для незастосування кримінальної відповідальності в разі неосудності: «Хто у зв'язку із психічним розладом у момент здійснення злочину не міг усвідомлювати незаконності своїх дій або їх контролювати, за це злочинне діяння не несе кримінальної відповідальності». За обмеженої осудності кримінальна відповідальність може бути знижена відповідно до положень § 27 КК Чехії, які також відрізняються абстрактним формулюванням, не даючи вказівок на характер психічного розладу, ступінь зниження відповідальності або будь-які інші значущі умови застосування цієї норми.

Зазначимо, що у світовій практиці правового регулювання інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб склалося три базові моделі. Перша модель ґрунтується на традиційній конструкції кримінальної відповідальності юридичних осіб, за якої юридична особа поруч із фізичною особою розглядається як самостійний суб'єкт злочину. Ця модель характерна

для таких із розглянутих країн, як Нідерланди та Франція. Для організації в такому разі можуть діяти як одиничні або всі кримінально-правові заборони, передбачені для фізичних осіб, так і спеціальні норми, що передбачають кримінальну відповідальність суто для юридичних осіб. Друга модель кримінальної відповідальності юридичних осіб більшою мірою враховує принцип винної відповідальності особи за вчинення злочину і ґрунтується на визнанні фізичної особи єдиним можливим суб'єктом злочину. У разі ж участі юридичної особи у злочині, що здійснюється фізичною особою в її інтересах, юридична особа разом із фізичною особою піддається кримінально-правовому впливу. У даний час ця модель уведена у кримінальне законодавство таких країн, як Австрія, Іспанія, Швейцарія. Третя модель передбачає адміністративну відповідальність юридичних осіб за причетність до злочину. Віднести цю модель до кримінального інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб можна лише з певною часткою умовності. Деякими вченими ця модель називається «квазікримінальною відповідальністю юридичних осіб». Вона характерна для країн, яким властива поміркована позиція щодо заходів впливу на юридичних осіб. Ця модель у даний час існує в Республіці Болгарія, ФРН, Італії, Швеції.

Так, КК Австрії не передбачає кримінальної відповідальності юридичних осіб, а говорить лише про фізичних осіб. Водночас у ньому зазначено, що коли будь-яка юридична особа збагатилася скоєнням злочину фізичною особою або за рахунок майна, отриманого від злочину, то вона «засуджується до виплати грошової суми», що відповідає вартості безпідставного збагачення. Ідеться про застосування до юридичної особи спеціальної конфіскації [13].

Щодо юридичних осіб у КК Нідерландів зазначено таке: «Якщо кримінальне правопорушення вчиняється юридичною особою, то за порушенням кримінальної справи може бути призначене покарання і вжиті заходи, наскільки це можливо, відповідно до закону щодо юридичної особи, або щодо тих, хто дав завдання скоїти це кримінальне правопорушення, і тих, хто керував такою протиправною поведінкою, або спільно щодо осіб, згаданих вище. Водночас вважається, що до юридичних осіб прирівнюються: судноплавні компанії (*rederij*) і компанії без юридичної особи (*vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid*), товариства (*maatschap*) і спеціальні фонди» (ч. 2 ст. 51 КК).

У Франції юридичні особи, за винятком держави, підлягають кримінальній відповідальності у випадках, передбачених законом або регламентом, за злочинні діяння, учинені на їхню користь органами або представниками юридичної особи. Однак органи місцевого самоврядування та їх об'єднання підлягають кримінальній відповідальності лише за злочинні діяння, учинені під час виконання делегованих повноважень із громадської служби. Зазначимо, що на юридичних осіб поширюються норми, що виключають злочинні діяння у зв'язку з учиненням будь-якої дії, запропонованої або дозволеної положеннями закону або регламентом (за винят-

ком випадків, коли ця дія явно незаконна), а також в умовах необхідної оборони або крайньої необхідності. Кримінальна відповідальність юридичних осіб не виключає відповідальності для фізичних осіб-виконавців або співучасників тих самих діянь (ст. 121–2 КК Франції).

Якщо злочин пов'язаний із діяльністю юридичної особи або із представництвом іншої особи, то в такому разі КК Іспанії уточнює правила притягнення до відповідальності (ст. 31 КК): «Той, хто діє як керівник або від імені юридичної особи, або як представник іншої особи (за законом або з волі цієї особи), відповідає особисто, навіть якщо він підпадає під умови, ознаки або відносини, наявність яких необхідна для суб'єкта злочину».

Цікавим є включення до кримінального закону ФРН положень, пов'язаних зі спеціальними ознаками суб'єкта (ст. 14 КК ФРН): якщо хто-небудь діє як повноважний орган юридичної особи або як член такого органу, чи повноважний член торгового товариства, або як законний представник іншого, то закон, згідно з яким караність ґрунтується на особливих ознаках особи, відносинах або обставинах (особливі індивідуальні ознаки), застосовується також і до представника, навіть якщо ці ознаки є не в нього, а у представника. Якщо власнику підприємства (або фірми) або уповноваженій на це особі доручено управління підприємством (або фірмою) цілком або частково, або особливо, під власну відповідальність доручено виконання обов'язків, що входять у компетенцію власника підприємства (або фірми), і якщо ця особа діє на підставі цього доручення, то закон, згідно з яким особливі ознаки особи є підставою для караності, підлягає застосуванню і щодо особи, яка прийняла це доручення, навіть якщо ці ознаки відсутні в неї, а належать власнику підприємства (або фірми). Якщо хто-небудь на підставі відповідного доручення діє для інстанції, яка здійснює завдання публічного управління, то, відповідно до змісту, підлягає застосуванню попереднє положення.

Також необхідно звернути увагу на норми, що встановлюють спеціальні правила для членів парламенту ФРН, федеральних зборів або законодавчого органу, які не можуть бути притягнуті до відповідальності за своє голосування або висловлювання, яке вони зробили в цьому органі або в одному з його комітетів (це положення не діє щодо наклепницьких образ), а крім того, дане правило стосується і достовірних повідомлень на публічних засіданнях.

Уважаємо за необхідне звернути увагу на положення КК Швейцарії, що стосуються особливих правил відповідальності у справах, пов'язаних із публікуванням у пресі. Зокрема, передбачається, що коли злочинне діяння вчиняється за допомогою публікування у пресі і вичерпується цим публікуванням, то відповідає тільки автор, з огляду на таке: 1) якщо автор не може бути виявлений або не може постати у Швейцарії перед судом, то відповідає відповідальний редактор (за неперешкодження опублікуванню); 2) якщо відповідального редактора немає, то відповідає та особа, яка є відповідальною за опублікування (також за неперешкодження опубліку-

ванню); 3) якщо опублікування відбулося без відома або проти волі автора, то як виконавець карається редактор або, якщо його немає, то особа, яка відповідальна за опублікування; 4) достовірні повідомлення про офіційний розгляд справ і сервісні повідомлення органів не підлягають переслідуванню. Виняток становлять такі випадки:

1) показання свідків потрібні для того, щоби врятувати особу від безпосередньої небезпеки для її життя і здоров'я;

2) без свідків не можуть бути розкриті: а) вбивство просте, тяжке і вчинене у стані афекту; б) деякі злочинні діяння, що посягають на статеву свободу та статеву недоторканість особи, а також участь у злочинних організаціях або підтримка таких, відмивання грошей, недостатня сумлінність у фінансових угодах і у праві на пропуску, злочинні діяння; в) злочинні діяння, передбачені Законом про наркотичні речовини від 3 жовтня 1951 р.;

3) не може бути затриманий винний у скоєнні зазначених вище злочинів [13, ст. ст. 27, 27bis, 111–113, 187, 189, 190, 191, 197, 260ter, 305bis, 305ter, 322ter, 322septies].

Висновки. На завершення вважаємо за можливе зупинитися на такому:

1. Цікавою є норма, закріплена у КК Швейцарії і у КК Швеції, що встановлює відповідальність за вчинення злочинного діяння особою у стані неосудності, якщо до такого стану вона сама себе довела.

2. Уважаємо за можливе введення кримінальної відповідальності юридичних осіб за тією моделлю, яка ґрунтується на визнанні фізичної особи єдиним можливим суб'єктом злочину. У разі ж участі юридичної особи у злочині, що здійснюється фізичною особою в її інтересах, юридична особа разом із фізичною особою піддається кримінально-правовому впливу. У даний час ця модель уведена у кримінальне законодавство таких країн, як Австрія, Іспанія, Швейцарія. З урахуванням того, що юридична особа не розглядається як суб'єкт злочину, зазвичай несприятливі кримінально-правові наслідки участі у злочині відносяться не до інституту кримінально-правового покарання (яке несе тільки фізична особа), а до інших заходів кримінально-правового впливу.

Література:

1. Оганесян Р.Л. Возраст уголовной ответственности в уголовном праве зарубежных стран (США, Англия, Франция, Австрия, Швейцария, Испания, ФРГ, Япония). *Вектор науки ТГУ*. 2009. № 2 (5).
2. Уголовный кодекс Голландии от 3 марта 1881 г. / научное редактирование Б.В. Волженкина. Перевод с англ. И.В. Мироновой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2001.
3. Уголовный кодекс Франции от 1 марта 1994 г. / научное редактирование Л.В. Головки, Н.Е. Крыловой. Перевод с франц. Н.Е. Крыловой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2002.
4. Уголовный кодекс Австрии. Пер. с нем. Москва : ИКД «Зерцало-М», 2001.

5. Уголовный кодекс Республики Болгария 1968 г. Принят 15 марта 1968 г. По состоянию на январь 2001 г. URL: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1245689>.
6. Уголовный кодекс Италии 1930 г. / научное редактирование и предисловие Р.М. Асланова. Перевод с итал. Е.Р. Шубиной. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003.
7. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии от 1871 г. (в ред. от 13 ноября 1998 г.) / научное редактирование и предисловие Д.А. Шестакова. Перевод с нем. Н.С. Рачковой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003.
8. Уголовный кодекс Чешской Республики 2009 г. Принят 8 января 2008 г. Вступил в силу 1 января 2010 г. URL: <http://www.julda.cz/wp-content/uploads/2009/12/trestni-zakon-2010.pdf>.
9. Уголовный кодекс Дании 1930 г. / научное редактирование, предисловие, перевод на рус. яз. С.С. Беляева. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2001.
10. Уголовный кодекс Швеции от 1 января 1965 г. / научные редакторы: Н.Ф. Кузнецова, С.С. Беляев. Перевод на рус. яз. С.С. Беляева. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2001.
11. Уголовный кодекс Швейцарии от 21 декабря 1937 г. / научное редактирование, предисловие и перевод с немецкого А.В. Серебренниковой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2002.
12. Уголовный кодекс Испании 1995 г. / научное редактирование и предисловие А.И. Бойцова. Перевод с исп. Е.Р. Шубиной, Т.А. Алексеевой. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2002.
13. Додонов В.Н. Ответственность юридических лиц в современном уголовном праве. *Законность*. 2006. № 4.

Резник Ю. С. Характеристика категории «субъект преступного деяния» по законодательству стран-участниц Европейского Союза

Аннотация. В статье идет речь об одной из ключевых категорий уголовного права «субъект преступного деяния», правовая характеристика которой включает в себя ряд обязательных признаков, состав которых отличается в разных странах. Указанная правовая категория рассматривается с позиций сравнительного правоведения, применительно к отдельным странам-членам Евросоюза.

Ключевые слова: Европейский Союз, сравнительное правоведение, субъект преступления.

Reznik Yu. Characteristics of the category “subject of a criminal act” according to the legislation of the countries-participants of the European Union

Summary. The article deals with one of the key categories of criminal law, “the subject of a criminal act”, the legal characteristic of which includes a number of mandatory characteristics, the composition of which varies indifferent countries. This legal category is considered from the stand point of comparative law, in relation to individual countries-members of the European Union. Studying the legislation of foreign countries from the stand point of comparative law has always been considered one of the necessary directions in the work to improve the national legislation. With in the framework of the development of criminal law, access to basic categories appears

to be the most priority, since it allows one to find out the attitude of the legislator of a country involved in international relations and compelled to reconcile its domestic law with the right of foreign states. In connection with the scope of work we considerate possible to deliberately restrict research, firstly, individual countries-members of the European Union, and secondly, only the criminal code of the countries concerned, as a normative act of a basic nature. In this paper it is a question about one of the key categories of criminal law "subject of a criminal act", the legal characteristic of which includes a number of mandatory characteristics, the composition of which varies indifferent countries. The subordination of persons committing criminal acts is significantly different indifferent countries of the European Union: most countries, as the subject of the crime are treated only by natural persons, some countries have criminalized the liability of legal entities.

Key words: European Union, comparative law, subject of crime.

МІЖНАРОДНЕ ЕКОНОМІЧНЕ ПРАВО

УДК 341.6:339.727.22
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.04>

ЛЮБАШЕНКО В. І.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства
Міжнародного гуманітарного університету

ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ ФАКТІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВІЙСЬКОВИМИ ДІЯМИ

Анотація. На основі нормативних джерел і практики міжнародного арбітражу досліджується питання особливостей доказування фактів, які пов'язані з військовими діями. Увагу зосереджено на питаннях тягаря доказування і презумпції законності дій держави, різних стандартів доказування, що можуть застосовуватися в інвестиційному арбітражі, та допустимості «незаконних» доказів.

Ключові слова: військові дії, тягар доказування, стандарт доказування, допустимість доказів, міжнародний арбітраж.

Постановка проблеми. Застосування міжнародного інвестиційного арбітражу для вирішення суперечок між іноземним інвестором і державою зростає, напрацьована досить об'ємна арбітражна практика інвестиційних трибуналів, що дозволяє іноземному інвесторові всебічно оцінювати переваги арбітражного процесу та прогнозувати майбутнє рішення у справі. Тому й не дивно, що інвестори звертаються по захист своїх прав до інвестиційного арбітражу навіть тоді, коли справа стосується військових дій держави. Справи такого характеру є досить рідкісними, але нещодавня окупація Криму та, власне, дії органів Російської Федерації (далі – РФ) щодо конфіскації приватної власності на території Автономної Республіки Крим призвели до появи нових позовів у міжнародний інвестиційний арбітраж із боку українських фізичних та юридичних осіб проти РФ.

З теоретичного та практичного боку питання доказування в міжнародному арбітражі є наріжними. Справи, у яких факти розвиваються на тлі військових дій, є більш складними: держава використовує збройні сили для боротьби проти внутрішнього або зовнішнього ворогу, що є прямим проявом суверенітету згідно з міжнародним правом. Отже, під час розгляду справи арбітраж повинен дотримуватися процесуального «балансу»: водночас об'єктивно відтворити перебіг подій на основі доказів і не порушити суверенні права держави необґрунтованою оцінкою законності тих чи інших діянь.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання доказування в міжнародному арбітражі досліджувалися вченими, зокрема варто згадати ґрунтовні роботи Фредеріка Г. Сургенса (Frédéric Gilles Sourgens), Кабіра Дуггала (Kabir Duggal) і Яна А. Лайрда (Ian A. Laird) [1], Натана Д. О'Меллі (Nathan D. O'Melley) [2]. Проте згадані автори лише частково розглядають питання доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, що разом із практичним боком питання обґрунтовує теоретичний аналіз цієї теми як украй актуальний.

Метою статті є виокремлення на основі доктринальних розробок і судових справ особливостей доказування в арбітражному процесі фактів, пов'язаних із військовими діями.

Загальні правила доказування в міжнародному арбітражі. Правила доказування в міжнародному арбітражі (комерційному чи інвестиційному) можуть установлюватися: (1) арбітражною угодою між сторонами; (2) арбітражним регламентом відповідного арбітражного інституту; (3) відповідними правилами *lex arbitri* (або ж правилами міжнародного договору). Зазвичай сторони не прописують правил доказування в арбітражній угоді, а застосування *lex arbitri* вельми обмежено в інвестиційному арбітражі. Чіткі правила доказування містяться у Правилах МАЮ щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі 2010 р., але вони зазвичай застосовуються коли включені до арбітражної угоди.

Проте й арбітражні регламенти містять лише загальні правила доказування, які надають широкі повноваження трибуналу. Наприклад, правило 34 Арбітражних правил МЦУІС 2006 р. говорить, що «трибунал є суддею щодо прийнятності будь-яких поданих доказів та їхньої доказової сили», не вказуючи, якими подальшими правилами повинен керуватися трибунал. Взагалі, норми арбітражних регламентів упорядковують формальний бік процесу доказування, але не вирішують питання про допустимість і оцінку доказів, які мають найбільше значення у процесі.

Незважаючи на такий стан речей, арбітражний процес має свої «звичаєві» норми щодо доказування, які можуть міститися в різних джерелах. Наприклад, арбітражний трибунал у справі "AAPL v. Sri Lanka", розглядаючи питання про те, якими правилами доказування він повинен керуватися, сформулював їх сам, використовуючи доктринальні роботи та судові рішення [3]. Причому практика вказування в рішенні трибуналом правил доказування, якими він керується, поширена.

Загалом, правила доказування в арбітражному процесі повинні відповідати принципам належного процесу (*due process*) і рівного ставновища сторін. Також велике значення має ustalена практика арбітражів. Наприклад, щодо стандарту доказування арбітражна практика виробила два стандартних тести: (1) тест балансу можливостей [4] (найчастіше застосовується в інвестиційному арбітражі) і (2) тест внутрішнього переконання [2, с. 209–210]¹. Отже, хоч арбітражні регламенти не розписують детально правила доказування, арбітраж повинен дотримуватися загальних принципів арбітражного процесу й ustalених правил. Звичайно ж, арбітраж повинен керуватися також текстом інвестиційної угоди, який може містити важливі вказівки, що стосуються *inter alia* процесу доказування².

В аспекті доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, основними питаннями є тягар і стандарт доказування, допустимість доказів.

Тягар доказування і презумпція законності дій держави. У міжнародному інвестиційному арбітражі застосовується принцип *onus probandi actori incumbit* – сторона, яка посилається на факт, повинна його доводити. Це правило втілено у ст. 27.1 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ та ст. 9.1 Правил МАЮ щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі 2010 р. Також практика визнає, що арбітраж має широкі права щодо переносу тягара доказування з однієї сторони на іншу.

Позивач зазвичай повинен довести (1) наявність певного перебігу подій, що порушує стандарт захисту, (2) наявність матеріального збитку та (3) причинно-наслідковий зв'язок між перебігом подій і збитком. Наприклад, у справі “*Toto v. Lebanon*” трибунал зазначив, що позивач довів перебування сирійських військ на території здійснення проекту (цей факт не оскаржувався Ліваном), але не надав ґрунтовних доказів щодо: (1) наявності перебігу подій, що порушують стандарти захисту інвестиції у відповідній угоді; (2) наявності збитків, пов'язаних із потенційним порушенням інвестиційної угоди; (3) того факту, що наявність військових призвела до неможливості здійснення проекту або збільшення його кошторису [6, с. 195–206]. Цікаво, що в цій справі наявність збройних сил іншої держави на території Лівану (буквально – окупація Сирією) автоматично не вважалася перепорою для здійснення інвестиційного проекту, до того ж тоді, коли іноземний інвестор був обізнаний із цим фактом перед початком проекту [6, с. 206]. Отже, тягар доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, несе іноземний інвестор, причому сам факт наявності військових дій або окупація території не є достатніми для встановлення порушення стандарту захисту.

Деякі з таких ustalених правил є особливостями доказування фактів на тлі військових дій. Особливе значення в цьому аспекті має доктрина «політичної влади» (*policy powers doctrine*), яка стосується суверенних прав держави [7]. Керуючись цією доктриною, у сукупності із принципом, що

¹ Існує думка, що ці два тести відображають єдиний стандарт [1, с. 82–83].

² Стосовно особливих стандартів захисту та застережень в інвестиційних угодах, які використовуються за обставин військових дій, див. [5].

обмеження суверенітету не можуть презюмуватися [8, с. 68], під час розгляду будь-якого питання про обмеження суверенітету держави міжнародним договором або контрактом арбітраж покладає тягар доказування на іноземного інвестора. Наприклад, розглядаючи питання про суспільну мету в контексті експропріації, іноземний інвестор для фіксації порушення повинен довести її відсутність. Це правило безпосередньо стосується фактів щодо військових дій: іноземний інвестор несе тягар доказування якщо діяння, які є підставою для позову (наприклад, відсутність заходів із боку держави щодо захисту іноземної інвестиції відповідно до стандарту повного захисту і безпеки), є виявом боротьби проти зовнішнього або внутрішнього ворога. Загалом, військові дії держави вважаються такими, що цілком відповідають нормам міжнародного права, і держава не повинна (але може, за власним розсудом) обґрунтовувати їхню законність, якщо не існує ґрунтовних сумнівів у цьому.

Навіть коли іноземний інвестор володіє доволі обмеженими засобами для збору доказів факту, на який він посилається, він буде нести тягар доказування. Яскравим прикладом є справа *"AAPL v. Sri Lanka"*, у якій трибунал, досліджуючи питання руйнування об'єкту-інвестиції, поклав тягар доказування відсутності військової необхідності дій на іноземного інвестора (її наявність була необхідною для фіксації порушення воєнного застереження в угоді) [3]. Ця теза піддалася критиці арбітрів [5, с. 16].

Стандарт доказування. Поняття стандарту доказування тісно пов'язано з тягарем доказування: сторона повинна надати арбітражу докази, які сприяють наявності ґрунтовного переконання в істинності факту. Як зазначалося вище, щодо стандарту доказування арбітражна практика виробила два стандартних тести: (1) балансу можливостей; (2) внутрішнього переконання. Важливо, що «вищий» стандарт доказування, який існує за деяких обставин, не застосовується через сам факт того, що однією зі сторін спору є держава [9, с. 124]. Але це зовсім не означає, що стандарт доказування фактів, що стосуються військових дій, буде завжди однаковим.

Арбітраж під час застосування стандарту доказування бере до уваги, передусім, серйозність потенційного порушення. Прикладами порушень, які потребують стандарту доказування вище, ніж звичайно, є шахрайство або підробка. Високий стандарт доказування формулюється як наявність чітких і переконливих доказів. Якщо говорити про доказування фактів, що стосуються військових дій, то стандарт доказування залежить від суті потенційного порушення. Якщо позивач надає докази щодо фактів порушення імперативних норм міжнародного права (наприклад, щодо наявності воєнного злочину у вигляді руйнування майна), вони потребують високого стандарту доказування. Аналогічним чином, якщо докази (не саме потенційне порушення) стосуються фактів порушень норм міжнародного гуманітарного права, вони потребують високого стандарту доказування. У будь-якому разі високий стандарт доказування формулюється як такий, що нижче стандарту «без усяких сумнівів», який використовується у кримінальному процесі [2, с. 210].

Останнім прикладом можливого використання високого стандарту доказування є справа *“Aeroport Belbek v. Russia”*. У цій справі арбітраж визнав, що Росія здійснює ефективний контроль території Криму [10]³. Зважаючи на те, що висновок про наявність ефективного контролю потребував доказування фактів, які можуть бути підставою для кваліфікації ситуації як окупації (тобто порушення імперативних норм міжнародного права), можна говорити про застосування високого стандарту доказування. Проте, зважаючи на широку світову оцінку окупації Росією Криму та наявність резолюцій Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) із цього питання, позивачі не мали серйозних перепон у збиранні доказів.

Отже, стандарт доказування фактів, що стосуються військових дій, залежить від серйозності потенційного порушення й обставин справи, і може бути вищий («наявність чітких і переконливих доказів»), ніж стандартний.

Допустимість доказів. Питання допустимості доказів у справах на тлі військових дій не виникали. Проте цей стан практики обґрунтовується лише малою кількістю справ із цього питання. Практика показує, що за наявності обмежених можливостей щодо збирання доказів інвестор може збирати докази у «незаконний» спосіб; з іншого боку – держава може відмовитися від надання будь-яких доказів через їхній конфіденційний характер. Ці питання є взаємозалежними: інвестор може представити арбітражу доказ, який був отриманий через «незаконні» (з погляду національного законодавства) засоби, але не міг бути отриманий іншим чином через його секретний характер (згідно з національним законодавством)⁴.

Справою, що стала показовою в цьому аспекті, є *“Methanex v. USA”*. Арбітраж у цій справі застосовував правило, згідно з яким докази, отримані «незаконним» шляхом, можуть бути допустимими, якщо вони не порушують права сторін на справедливий розгляд (у цій справі докази порушували принципи добросовісності та процедурної чесності у процесі їхнього отримання) [11, с. 54]. За загальним правилом, усі представлені докази є допустимими, якщо вони (або процес їхнього збирання) не порушують основних принципів арбітражного процесу [12].

Питання допустимості доказів мали місце в декількох нещодавніх справах і стосувалися вони матеріалів *WikiLeaks* [14; 15; 16]. Хоча арбітражні рішення прямо не розглядали питання допустимості доказів, отриманих незаконним шляхом, вони також не вказували на їхню цілковиту недопустимість. Щодо цього питання варто згадати рішення Міжнародного суду ООН у справі Дипломатичного і консульського персоналу Сполуче-

³ Через конфіденційний характер цього процесу важко оцінити висновки арбітражу щодо всіх питань, винесених на розгляд. Рішення арбітражу не є публічно доступним. Деяку інформацію щодо процесу можна знайти в різних прес-релізах щодо цього процесу, наприклад, у наведеному джерелі.

⁴ Необхідно також підкреслити, що питання допустимості доказів не впливає на стандарт доказування: незаконно отриманий доказ не стає підставою для застосування високого стандарту доказування.

них Штатів Америки (далі – США) у Тегерані (США проти Ірану), у якому Суд зазначив, що оскільки Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 р. не надає державі «права» порушувати її норми (Іран заявляв про необхідність прямого доступу до архіву посольства США для отримання доказів без згоди США), то держава не може використовувати такий захід [13, с. 83–89]. Хоча рішення Суду в цій справі не містить прямої згадки про недопустимість таких доказів, за логікою Суду можна дійти висновку, що коли б такі докази були представлені, вони були б оголошені Судом недопустимими, адже процес їх отримання порушує норми міжнародного права, які становлять основу світового порядку. Отже, існує велика ймовірність того, що докази можуть бути оголошені недопустимими, якщо вони отримані в порушення норм міжнародного права.

Можна однозначно стверджувати, що правила допустимості доказів у інвестиційному арбітражі надають інвесторові широкі можливості для їх збирання. Такий стан речей дозволяє інвесторові надавати докази, що підтверджують його позицію, навіть у ситуаціях військових дій, коли законні (з погляду національного законодавства) засоби отримання доказів обмежені.

Висновки. Зазначені вище особливості доказування фактів підтверджують урахування арбітражем усіх особливих характеристик справ, що стосуються військових дій. З одного боку, державі властива презумпція законності дій, що виявляється в покладанні тягаря доказування на іноземного інвестора, відсутності впливу фактів військового характеру на правила доказування, застосуванні високого стандарту доказування в разі потенційного серйозного порушення. Це означає, що доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, має особливі правила, які застосовуються лише за виключних обставин (але не тільки за обставин військових дій). З іншого боку, іноземний інвестор володіє широкими можливостями збирання доказової бази, ураховуючи те, що цей процес може не відповідати національному законодавству. Проте для успішної оцінки доказів іноземний інвестор повинен не тільки зібрати докази, але й оцінити їхню сумісність із принципами арбітражного процесу та міжнародного права. У міжнародному інвестиційному арбітражі таким чином, зокрема, втілюється баланс приватних і публічних інтересів, що дозволяє сторонам мати відносно рівні можливості у процесі. Не менш важливо, що такі особливості доказування дозволяють поєднати характеристики публічного та приватного статусу сторін для ефективного врегулювання суперечок між ними.

Література:

1. Sourgens Frédéric Gilles, Duggal Kabir, Laird Ian A. Evidence in International Investment Arbitration. OUP, 2018. 368 p.
2. O'Malley Nathan D. Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide. Routledge, 2012. 424 p.
3. "Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka", ICSID Case № ARB/87/3, Final Award of 27 June 1990. ITALAW. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).

4. “Chevron Corp, Texaco Petroleum Co v. The Republic of Ecuador”, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility 2012, UNCITRAL. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0175.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
5. Schreuer C. The Protection of Investments in Armed Conflicts; in: *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* / Ed. by F. Baetens. CUP, 2013. P. 3–20.
6. “Toto Costruzioni Generali S. p. A. v. The Republic of Lebanon”, ICSID Case № ARB/07/12, Award of 7 June 2012. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1013.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
7. Vinuales J. Sovereignty in Foreign Investment Law. *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* / Ed. by Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Jorge E. Viñuales. OUP, 2014. P. 317–362.
8. “Austrian Airlines v Slovak Republic”, UNCITRAL, Final Award of 9 October 2009. *ITALAW*. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0048_0.pdf (дата звернення: 15.01.2019).
9. “Tokios Tokelés v. Ukraine”, ICSID Case № ARB/02/18, Award of 26 July 2007. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
10. Peterson L. In Jurisdiction Ruling, Arbitrators Rule That Russia Is Obligated Under BIT to Protect Ukrainian Investors in Crimea Following Annexation. *Investment Arbitration Reporter*. URL: <http://tinyurl.com/zdzthmq> (дата звернення: 15.01.2019).
11. *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005). *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
12. “Libananco Holdings Co v. Republic of Turkey”, ICSID Case № ARB/06/09, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
13. Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Iran Hostages case). 1980. ICJ Rep 1. *International Court of Justice*. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
14. “Conoco Phillips Petrozuata B.V., Conoco Phillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela”, ICSID Case № ARB/07/30. URL: <https://www.italaw.com/cases/321> (дата звернення: 15.01.2019).
15. “OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela”, ICSID Case № ARB/10/14. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/cases/779> (дата звернення: 15.01.2019).
16. “Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan”, ICSID Case № ARB/10/1. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/cases/1220> (дата звернення: 15.01.2019).

Любашенко В. И. Особенности доказывания в международном инвестиционном арбитраже фактов, связанных с военными действиями

Аннотация. На основе нормативных источников и практики международного арбитража исследуются вопросы особенностей доказывания фактов, связанных с военными действиями. Внимание сосредоточено на вопросах бремени доказывания и презумпции законности действий государства, разных стандартов доказывания, применимых в инвестиционном арбитраже, допустимости «незаконных» доказательств.

Ключевые слова: военные действия, бремя доказывания, стандарт доказывания, допустимость доказательств, международный арбитраж.

Liubashenko V. Special rules of proving facts concerning military actions in international investment arbitration

Summary. At the present moment there is a wide practice of settlement investment disputes and this fact reflects a stance of interest towards arbitration as a tool of settlement disputes, as well as the widening of international legal basis of foreign investments. Nevertheless, cases with military aspects are still quite rare in investment arbitration and several special issues arise when a tribunal faces military actions of a State against or in conjunction with foreign investments. Starting with Introduction, where the state-of-the-art is presented, the author goes to the Section II, which concerns basic rules of evidence in international investment arbitration. It concludes by the finding that international investment arbitration is quite flexible in rules towards evidence. Further, Section III is dedicated to the issue of a burden of proof and the presumption of legality of State's actions. Through consideration of practice author stipulates that mere fact of military presence or activity on a territory is non-sufficient to establish a treaty violation. The next Section IV discusses the standard of proving. The use of regular standard or a high one merely depends on a character of potential violation: the case of potential existence of war crimes requires use of the high standard, likely in cases of potential violation of international law of armed conflicts. It is followed by Section V, which discovers the issue of the admissibility of evidences. Though arbitral practice is clearly liberal to the admissibility of evidences, obtained in violation of national law, it is more predictably that a tribunal finds evidence inadmissible if it was obtained in violation of international law. In the last Section – Conclusion – the author summarizes some special aspects of rules of evidence in international investment arbitration with military aspects. Existence of military actions in cases truly affects a normative framework of investments' protection and procedural rules, including rules of evidence.

Key words: military actions, burden of proof, standard of proving, admissibility of evidence, international arbitration.

УДК 341
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.05>

ПЕРЕПЬОЛКІН С. М.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

МІСЦЕ МІЖНАРОДНОГО МИТНОГО ПРАВА В СИСТЕМІ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: ШЛЯХ ДО ПАРАДИГМИ

Анотація. У статті розглянуто підходи закордонних і українських науковців до визначення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права, виявлено їхні дискусійні моменти, запропоновано власне бачення усунення наявних розбіжностей у поглядах на зазначену проблему доктрини міжнародного митного права.

Ключові слова: міжнародне митне право, міжнародні митні відносини, система міжнародного права, доктрина, галузь, підгалузь, інститут.

Постановка проблеми. У теорії міжнародного митного права питання визначення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права, незважаючи на значну кількість спроб його розв'язати, залишається одним із найбільш дискусійних. Актуальність його обговорення не викликає сумнівів, адже залежно від доктринального бачення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права вчені по-різному підходять до визначення предмета міжнародного митного права й об'єкта міжнародних митних правовідносин, сперечаються щодо кола суб'єктів міжнародного митного права та наявних видів його джерел, наполягають на тому, що запропоноване саме ними розуміння сутності, змісту та форм міжнародного митного права має бути визнане іншими вченими як єдино правильне та використовуватися з метою теоретичного осмислення, вивчення і викладання міжнародного митного права тощо. В українській доктрині міжнародного митного права самостійні комплексні дослідження окресленої проблематики відсутні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із міжнародного митного права дозволяє виокремити декілька підходів до визначення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права. Для одних учених міжнародне митне право є галуззю міжнародного права, для других – підгалуззю, для третіх – його міжгалузевим інститутом, а окремі з них уважають, що міжнародне митне право перебуває за межами системи міжнародного права. Непоодинокими є випадки, коли автори, що пишуть про

це питання, не приділяють достатньої уваги аргументації власної позиції, обґрунтовують її без урахування та характеристики поглядів інших учених, наголошують на потребі його комплексного, системного наукового дослідження, однак не докладають належних зусиль для його проведення.

Серед закордонних і українських науковців, які розробляли цю тематику, варто згадати такі прізвища: Т. Айнхорн, К. Борисов, Н. Буваєва, К. Бекашев, В. Василенко, В. Вітцтум, Л. Волова, С. Жамкочьян, Н. Живенко, Ф. Клян, Б. Кормич, Б. Кучер, В. Малиновська, В. Мицик, Є. Моїсеєв, Б. Нефедов, С. Овчинников, В. Опришко, О. Перепадя, А. Райкова, Т. Русских, К. Сандровський, Ч.-Д. Ченг, О. Шорников, В. Шумілов та ін.

Мета статті. Нагальна потреба розширення меж вітчизняної дискусії щодо місця міжнародного митного права в системі міжнародного права зумовлює ширше висвітлення сформованих щодо цього питання наукових підходів, виявлення наявних у них спірних моментів і винесення на обговорення власних міркувань стосовно формування оновленої парадигми визначення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права.

Виклад основного матеріалу дослідження. У доктрині міжнародного митного права єдине розуміння місця міжнародного митного права в системі міжнародного права відсутнє.

К. Борисов, Н. Буваєва, К. Бекашев, С. Жамкочьян, Ф. Клян, Б. Кормич, В. Малиновська, В. Мицик, Є. Моїсеєв, А. Райкова, К. Сандровський та ін. стверджують, що міжнародне митне право є самостійною галуззю міжнародного права. На підтвердження правильності обраної позиції науковці наводять низку таких критеріїв: специфіка об'єкта (предмет) регулювання; особливості джерел права та способів їх створення; обсяг правового матеріалу, що постійно розширюється; зацікавленість міжнародного співтовариства в подальшому розвитку галузі (чи вказаного виду міжнародного спілкування); наявність спеціальних принципів права, що утворюють основу відповідної галузі міжнародного права.

Зазначимо, що наведені вище критерії вже намагалися використовувати радянські вчені з метою подолання ненаукового підходу до встановлення об'єктивно існуючих галузей міжнародного права. Проте жодний із них не набув належного визнання в радянській доктрині міжнародного права через свою або недостатність, або невизначеність, або непридатність для міжнародного права [1, с. 264–267].

Спірний погляд на міжнародне митне право обстоюють Т. Русских, яка визначає його як самостійну комплексну галузь права [2, с. 18], і С. Овчинников, для якого міжнародне митне право є відносно самостійною комплексною галуззю міжнародного права. Комплексний характер міжнародного митного права, як зазначає С. Овчинников, як, зрештою, і національного, визначається тим, що воно містить норми, які можуть належати й іншим галузям міжнародного публічного права, наприклад, морському, повітряному, атомному тощо [3, с. 82]. На нашу думку, міжна-

родне митне право не може бути самостійною чи відносно самостійною і водночас комплексною галуззю міжнародного права.

Інші вчені вважають, що міжнародне митне право є складовою частиною системи міжнародного економічного права. Зокрема, Л. Волова, В. Опришко, О. Перепадя, Ч.-Д. Ченг і О. Шорников визнають його підгалуззю міжнародного економічного права. Цей погляд поділяє і В. Василенко. Однак, на його думку, окремі норми такої підгалузі міжнародного економічного права, як міжнародне митне право, є водночас нормами й інших його підгалузей, наприклад, міжнародного торгового права, міжнародного транспортного права, а також нормами інших галузей загального міжнародного права, зокрема права зовнішніх зносин, міжнародного гуманітарного права, міжнародного морського, річкового, повітряного права, тобто є полісистемними нормами [4, с. 234].

Т. Айнхорн зазначає, що міжнародне митне право є галуззю міжнародного економічного права [5].

Зі свого боку Б. Кучер, досліджуючи систему міжнародного економічного права, зазначає, що необхідно розрізнити поняття «система міжнародного економічного права як галузь міжнародного публічного права» і «система міжнародного економічного права як наука і навчальна дисципліна». Поділяючи останню на загальну і спеціальну частини, він відносить міжнародне митне право саме до структури його спеціальної частини [6, с. 57].

На думку представників третьої групи щодо місця міжнародного митного права в системі міжнародного права, його варто розглядати складовою частиною міжнародного адміністративного права.

Так, наприклад, Н. Живенко обстоює позицію, що міжнародне митне право є міжгалузевим інститутом міжнародного адміністративного права [7, с. 54].

В. Шумілов вважає, що міжнародне митне право, як і міжнародне економічне та міжнародне податкове право, є підгалуззю міжнародного адміністративного права, що є новою галуззю міжнародного права, яка перебуває в стані свого формування [8, с. 21].

Не відхиляв можливості введення в науковий обіг такої парадигми, як «міжнародне митне право – підгалузь міжнародного адміністративного права», і К. Сандровський. Однак такий варіант пропонувався ним у суто теоретичному плані та не набув належного розвитку в його подальших працях [9, с. 30].

Зазначимо, що на приналежності міжнародного митного права системі міжнародного адміністративного права наголошують й інші вчені. Проте, на їхню думку, міжнародне адміністративне право не входить до системи міжнародного права. Зокрема, німецький професор В. Вітцтум стверджує, що будь-яка галузь права, що іменується “international” (міжнародна), є, по суті, національним колізійним правом. У кожному випадку вимагається відповідь на питання: матеріальне приватне, кримінальне або

адміністративне право тощо, і якої держави має застосовуватися. Тому міжнародне адміністративне право, як зауважує вчений, регулює питання застосування або незастосування національного адміністративного права щодо справ, які виходять за межі однієї держави. Мова також іде про колізійне право, наприклад, у частині соціально-правових питань у межах міжнародного права [10, с. 15, 16].

За міркуванням професора Б. Нефедова, міжнародне адміністративне право є новим міжсистемним надгалузевим утворенням, норми якого спрямовані на врегулювання транскордонних відносин, але владного характеру. Його варто відрізнити від глобального адміністративного права, існування якого доводять на доктринальному рівні деякі американські вчені.

До нормативних елементів міжсистемних надгалузевих утворень, отже, і до міжнародного адміністративного права, учений відносить норми: національного права; міжнародного права, що розглядаються правом цієї держави або міжнародним правом як регулятор відповідних відносин; інших національних правових систем, легітимно «допущені» правом держави або нормами міжнародних договорів цієї країни до регулювання відносин з іноземним елементом.

Водночас національне право конкретної держави є вихідним елементом таких утворень. Тому не існує єдиного міжнародного адміністративного права для всіх держав. У кожній державі воно індивідуальне [11, с. 66].

Як міжсистемне надгалузеве утворення міжнародне адміністративне право є важливим елементом права, але ні правовою системою, ні самостійною галуззю національного права воно не є. Проте це не суперечить існуванню в його системі самостійних галузей, формуванню яких передувало виникнення відповідних їм окремих інститутів внутрішньодержавних правових галузей, до яких, зокрема, належать міжнародне митне, міжнародне податкове, міжнародне фінансове, міжнародне валютне право й інші утворення подібного роду, як зауважує Б. Нефедов [12, с. 8; 13, с. 59–61].

Висновки. Отже, наведене дозволяє зробити висновок про те, що єдиного бачення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права ученими-юристами не сформовано ні на вітчизняних теренах, ні за кордоном. Його пошук відбувається одночасно з дискусією щодо розуміння поняття «міжнародне митне право», визнається вченими одним із найбільш актуальних напрямів наукових досліджень у межах доктрини міжнародного митного права. Бо, як слушно зауважує О. Макеєва, розподіл правових норм за певною системою полегшує їх вивчення, теоретичне осмислення, визначення ефективності їхнього впливу на ті чи інші суспільні відносини, допомагає науково визначити шляхи вдосконалення права з метою ефективного регулювання суспільних відносин; сприяє правозастосуванню, удосконаленню законодавчої техніки [14, с. 4]. Однак поки що, ураховуючи існуючий правовий поліцентризм і відсутність узгодженої концепції розуміння поняття

«система міжнародного права», є також малоефективним. Незважаючи на це, полеміка щодо місця міжнародного митного права в системі міжнародного права все одно має відбуватися, адже завдяки діалогу народжується істина.

Що стосується оновленої парадигми визначення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права, то її формування пропонується здійснювати, виходячи з розуміння предмета міжнародного митного права, який, на нашу думку, становлять міжнародні митні відносини.

Міжнародними митними відносинами є не лише відносини міжнародного митного співробітництва, а також і відносини з питань взаємної адміністративної допомоги в митних справах та відносини боротьби (або конфлікту) між суб'єктами міжнародного митного права в митних справах. Інші, споріднені з міжнародними митними відносинами та пов'язані з переміщенням товарів, транспортних засобів та інших предметів через митний кордон зв'язки, зокрема у сфері міжнародної економіки, торгівлі, транспорту, фінансів, туризму тощо, у сукупності утворюють предмет правового впливу міжнародного митного права, який є значно ширшим за обсягом, аніж його предмет правового регулювання [15, с. 88].

З огляду на зазначене, міжнародне митне право варто розглядати як самостійну галузь міжнародного права, якій властивий власний предмет правового регулювання – міжнародні митні відносини.

Ми сподіваємося, що запропонована нами пропозиція стосовно формування оновленої парадигми визначення місця міжнародного митного права в системі міжнародного права активізує обговорення цієї проблематики в доктрині міжнародного митного права, що в підсумку дозволить усунути наявні сьогодні розбіжності в поглядах на місце міжнародного митного права в системі міжнародного права. Отже, подальше наукове обговорення означеного питання є актуальним і має тривати й надалі.

Література:

1. Курс международного права : в 7-ми т. / Ю. Баскин и др. ; отв. ред. Р. Мюллерсон, Г. Тункин. Москва : Наука, 1989. Т. 1 : Понятие, предмет и система международного права. 360 с.
2. Русских Т. Міжнародне митне право та система його джерел. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 35. Ч. I. Т. 3. С. 17–20.
3. Овчинников С. Предмет и система международного таможенного права. Таможенная политика России на Дальнем Востоке. 2009. № 1 (46). С. 79–83.
4. Василенко В. Основы теории международного права. Киев : Вища школа, 1988. 288 с.
5. Einhorn T. Customs Law, International. Max Planck Encyclopedia of Public International Law : Oxford Public International Law. URL: <http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1023?rskey=VvwaAG&result=10058&prd=OPII> (дата звернення: 17.01.2019).

6. Кучер Б. Международный экономический правопорядок (Вопросы правового регулирования международных экономических отношений). Киев : Вища школа, 1988. 228 с.
7. Живенко Н. Международно-правовые основы таможенного регулирования внешнеэкономической деятельности : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Москва, 2007. 172 с.
8. Шумилов В. Международное экономическое право в контексте глобализации мировой экономики: проблемы теории и практики : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.10. Москва, 2001. 40 с.
9. Сандровский К. Международное таможенное право : учебник. 2-е изд., испр. Киев, 2001. 464 с.
10. Vitzthum W. Volkerrecht : Lehrbuch. 7, überarbeitete und aktualisierte Auflage / bearbeitet von M. Bothe und 8 weiteren ; herausgegeben von W. Vitzthum und A. Proelß. Berlin : Walterde Gruyter GmbH & Co KG, 2016. XXXVIII. 705 s.
11. Нефедов Б. Межсистемные надотраслевые образования и их виды. *Российский юридический журнал*. 2009. № 5. С. 62–68.
12. Нефедов Б. Регулирует ли международное право отношения с участием лиц? Часть 2. *Московский журнал международного права*. 2017. № 2 (106). С. 3–17.
13. Нефедов Б. Триптих. Межсистемные образования в праве. Часть 3. Виды межсистемных образований. *Евразийский юридический журнал*. 2012. № 10 (53). С. 59–63.
14. Макеева Е. Система права Российской Федерации: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2006. 189 с.
15. Перепьолкін С. Термінологічна невизначеність категорій «об'єкт» і «предмет» у доктрині міжнародного митного права. *Правовий часопис Донбасу*. 2018. № 4. С. 83–89.

Перепелкин С. М. Место международного таможенного права в системе международного права: путь к парадигме

Аннотация. В статье рассмотрены подходы зарубежных и украинских ученых к определению места международного таможенного права в системе международного права, выявлены их дискуссионные моменты, предложено собственное видение устранения существующих разногласий во взглядах на указанную проблему доктрины международного таможенного права.

Ключевые слова: международное таможенное право, международные таможенные отношения, система международного права, доктрина, отрасль, подотрасль, институт.

Perepolkin S. The place of international customs law in the international law system: the path to the paradigm

Summary. The article deals with the approaches of foreign and Ukrainian scientists to determine the place of international customs law in the system of international law. Also in this article the debatable points of such approaches were revealed and the vision for resolving the existing differences in views on the indicated problem of the doctrine of international customs law was proposed. For some scientists, international customs law is a branch of international law, for others it is sub-branch, for the third ones – its inter-branch institute, and some of them even believe that international customs law is outside the system of international law. It is assumed that the formation of an updated paradigm of international customs law recognition as an independent branch in the system of international law should

be based on an understanding of its subject, which constitute international customs relations. International customs relations are not only the relations of international customs cooperation, but also relations on issues of mutual administrative assistance in customs matters and the relationship of struggle (or conflict) between subjects of international customs law in customs matters. Other relations, which fall to international customs relationships and to the movement of goods, vehicles and other items across the customs border, in particular in the field of international economy, trade, transport, finance, tourism, etc., collectively form the subject of legal influence of the international the customs law, which is much wider than its subject of legal regulation.

Key words: international customs law, international customs relations, system of international law, doctrine, branch, sub branch, institute.

УДК 343.35

DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.06>**ТРОНЬКО О. В.,**

кандидат юридичний наук,

провідний науковий співробітник

Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

ПРОТИДІЯ НЕЗАКОННИМ ТРАНЗАКЦІЯМ У СУЧАСНОМУ ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ПРАВІ

Анотація. У статті автором здійснено аналіз європейського права щодо порядку й особливостей здійснення розслідувань незаконних транзакцій. Автор зазначає, що досвід країн Європейського Союзу, а також тенденції розвитку нормативно-правового регулювання проведення фінансових розслідувань мають ураховуватися правоохоронними органами нашої країни під час розроблення загальнодержавних стратегій протидії злочинності.

Ключові слова: протидія, транзакції, кримінальні прояви, європейське право, правоохоронні органи, міжнародне співробітництво, міжнародний досвід, офшорні компанії, фінансові розслідування.

Постановка проблеми. Сьогоднішній афілійовані офшорні компанії, розташовані на території країн, які входять до складу Європейського Союзу (далі – ЄС), є основним «місцезнаходженням коштів», отриманих незаконним шляхом в Україні. Пріоритетний напрям державної політики нашої країни щодо європейської інтеграції передбачає узгодження підходів до здійснення фінансових розслідувань щодо вказаних офшорних компаній, передусім стосовно посадових осіб.

Мета статті. Незаконні фінансові операції є серйозною проблемою в Європейському Союзі. За даними Європолу, банки ЄС систематично використовуються для відмивання грошей в особливо великих розмірах, водночас установити та навіть адекватно оцінити загальну суму неможливо [1]. Експерти цієї організації впевнені, що йдеться про мільярди євро на рік. За даними Європолу, у межах ЄС діє 400 потужних структур із відмивання злочинних доходів [2].

Виклад основного матеріалу дослідження. На кінець 2018 р. проблема протидії фінансовій злочинності набуває в межах Європолу пріоритетного статусу. Серед ключових напрямів визначається налагодження співробітництва із приватним сектором, забезпечення двостороннього обміну інформацією. Зокрема, у Нідерландах започатковано пілотний про-

ект, до якого залучено представників поліції, прокуратури, ключових банків і страхових компаній [3]. Взаємодія із приватним сектором зумовлена роллю його елементів як суб'єктів первинного фінансового моніторингу. Повідомлення від таких суб'єктів щодо підозрілих фінансових транзакцій розглядаються як основа фінансових розслідувань, на загальноєвропейському рівні за останні десять років кількість таких повідомлень подвоїлася. Водночас важливими заходами є адекватна перевірка таких повідомлень та вжиття відповідних заходів із накладення арешту та подальшої конфіскації. Ефективність такої діяльності зростає, якщо фінансові інститути націлені на здобування інформації щодо визначених об'єктів – юридичних і фізичних осіб, банківських рахунків тощо. З одного боку, важливим є забезпечення повноти такої інформації, яка має бути достатньою для використання під час проведення перевірки та здійснення надалі слідчих дій. З іншого боку, необхідно обмежити кількість таких повідомлень, оскільки занадто великий обсяг повідомлень щодо підозрілих фінансових транзакцій, більшість яких не стосуються протиправної діяльності, унеможливує їх перевірку. Зазначена проблема є спільною для багатьох країн світу, зокрема для країн ЄС і України.

Так, підрозділи фінансової розвідки країн Євросоюзу щороку отримують приблизно один мільйон таких повідомлень, більшість із яких не стосуються протиправної діяльності. Ретельна перевірка таких обсягів інформації правоохоронними органами неможлива. Зменшити обсяги цієї інформації можна саме шляхом спрямування діяльності як суб'єктів первинного фінансового моніторингу, так і підрозділів фінансової розвідки на отримання інформації щодо більш визначених об'єктів. З огляду на це, важлива адекватна аналітична підтримка фінансових розслідувань, що, у свою чергу, потребує відповідної підготовки аналітиків, включення їх до складу слідчих груп, що проводять фінансові розслідування. Доцільним визначається впровадження в цій сфері підходу «правоохоронної діяльності на ґрунті оперативної інформації» [4].

Координацію фінансових розслідувань на рівні Євросоюзу здійснює Європол, що має широкі повноваження із протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, а також надає підтримку країнам-членам у проведенні інформаційного аналізу та криміналістичних досліджень. Цілями фінансових розслідувань визначається не лише вилучення злочинних доходів, а й отримання інформації щодо причетних осіб, встановлення їх повного кола, а також викриття кримінальних мереж, що діють на транснаціональному рівні.

У рамках Європолу діє Бюро із кримінальних доходів (The Europol Criminal Assets Bureau, ECAB), що безпосередньо надає допомогу

країнам-членам в організації фінансових розслідувань, зокрема на міжнародному рівні. До складу Бюро входить секретаріат Міжвідомчої мережі Камден із повернення доходів, одержаних злочинним шляхом (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network, CARIN), діяльність якої

сфокусована на конфіскації таких коштів. Сьогодні саме така діяльність розглядається Європолом як основа протидії сучасній організованій злочинності [5].

Ефективним способом проведення розслідувань вважається формування спільних слідчих груп, що діють на міжнародному рівні [6]. У межах роботи таких груп забезпечується координація зусиль і обмін отриманою інформацією. Уся здобута такими групами інформація може використовуватися як доказова база за кримінальними провадженнями, водночас відпадає потреба в надсиланні клопотань про надання правової допомоги. Це, у свою чергу, суттєво пришвидшує розслідування, дає змогу проводити слідчі дії, які за інших умов були б неможливими.

Варто зазначити, що до участі у спільних слідчих групах заохочуються і країни поза межами ЄС [7]. Отже, участь правоохоронних органів України в роботі таких груп не лише сприятиме підвищенню якості правоохоронної діяльності, а й може розглядатися як напрям реалізації політики європейської інтеграції. У межах ЄС під егідою Євроюстудіє Мережа національних експертів зі спільних слідчих груп (Network of National Experts on Joint Investigation Teams, JITs Network), що надає консультації із цього питання національним правоохоронним органам. Зазвичай членами цієї Мережі є уповноважені співробітники відповідних правоохоронних органів.

Серед країн ЄС найбільш розвинутою нормативно-правовою базою з питань проведення фінансових розслідувань володіє Італія, що зумовлено потребою правоохоронних органів цієї країни у протидії потужним кримінальним структурам мафіозного типу.

Проведення розслідувань щодо мафіозних структур здійснюється одночасно в рамках кримінального та цивільного права, водночас цивільний процес спрямований на виявлення активів, за рахунок яких має бути компенсована шкода, завдана діями організованої злочинності, позивачем у такому процесі виступає держава. Для цього отримується інформація щодо наявної у фігуранта справ нерухомості, транспортних засобів і юридичних осіб, а також щодо сплати ним податків. Для забезпечення збереження активів, що можуть підлягати конфіскації в рамках цивільного провадження, використовується процедура так званого «консервативного вилучення» (фактично – арешту), за якою на майно накладається арешт на термін до завершення судового розгляду цивільної справи з метою можливого забезпечення вимог позивача або відповідача. Такий арешт накладається судом за поданням прокурора. Під час такого розгляду відповідач не має права відмовитися від надання свідчень. Якщо відповідач відмовляється (або не може) довести законність права власності на наявне в нього майно, на яке накладено такий арешт, він позбавляється такого права (якщо суд має для цього достатньо підстав).

Узагальнюючи досвід країн ЄС, можна виокремити такі особливості проведення фінансових розслідувань. Інформація щодо дій із доходами,

отриманими злочинним шляхом, може, зокрема, надходити з таких джерел, як: матеріали кримінальних проваджень за предикатним злочином, зокрема отримані іншими органами державної влади (ревізійні служби, аудиторські перевірки, податкові та митні органи тощо); Державна служба фінансового моніторингу України, зокрема, за її посередництва від закордонних підрозділів фінансової розвідки; матеріали цивільних і адміністративних справ; установи приватного сектора, що є суб'єктами первинного фінансового моніторингу; матеріали оперативно-розшукових справ, що перебувають у провадженні як Державного бюро розслідувань (далі – ДБР) України, так і інших правоохоронних органів.

Ураховуючи коло суб'єктів злочинів, розслідування яких віднесено до компетенції цього відомства, можна передбачити, що значні обсяги інформації такого роду надходитимуть від Служби безпеки України (далі – СБУ) і Національного антикорупційного бюро (далі – НАБ) України. Також варто зазначити, що вказане визначення кола суб'єктів суттєво обмежує оперативні можливості підрозділів ДБР України, оскільки встановлення особи, що вчинила злочин (отже, віднесення її до тих, дії яких підпадають під компетенцію цього відомства), зазвичай може відбутися вже на кінцевому етапі ведення оперативно-розшукової справи; викривачі, що є співробітниками відомств, до керівного складу яких входять особи, протиправні дії яких підпадають під компетенцію ДБР України; засоби масової інформації (далі – ЗМІ), зокрема інтернет-видання, а також інтернет-форуми, соціальні мережі, неурядові організації тощо; податкові декларації та декларації про доходи та витрати, що подаються до Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) України; міжнародні організації, іноземні правоохоронні та розвідувальні органи.

Доцільним є започаткування фінансового розслідування із самого початку розслідування за основним (предикатним) злочином, у межах цього ж кримінального провадження. Водночас іноземний досвід свідчить про доцільність створення спільних слідчих груп із залученням представників різних відомств, а також широке залучення експертів із фінансових питань. Зокрема, до розслідувань такого типу, що проводилися у країнах ЄС, залучалися представники податкових, митних органів, підрозділів міністерств юстиції, казначейств, підрозділів фінансової розвідки, інших регуляторних органів і ревізійних служб. Слідчі дії доцільно доповнювати перевітками фінансових звітностей, податковими перевітками й аудитами.

Отже, ідеться про проведення так званих «паралельних розслідувань», коли водночас здійснюються слідчі й оперативні дії як щодо предикатного злочину, так і щодо легалізації й іншого незаконного використання отриманих від нього доходів.

Окрім цього, вартим уваги можна вважати досвід Великої Британії та деяких інших країн Європи зі створення спеціальних підрозділів із фінансових розслідувань у структурі правоохоронних органів. До складу таких підрозділів входять співробітники, що мають досвід цієї роботи та відпо-

відну фахову кваліфікацію. Таких співробітників залучають до проведення розслідувань у складі спільних слідчих груп. Варто зазначити, що пропозиції щодо створення таких підрозділів містяться і в рекомендаціях FATF [8].

Також доцільним може бути залучення до проведення розслідувань іноземних експертів, зокрема представників Європолу. Це дозволить використовувати повною мірою інформаційні масиви цієї організації, отримати позитивний європейський досвід проведення фінансових розслідувань, а також, можливо, матеріальну та технічну допомогу. Окрім цього, така взаємодія матиме суттєве політичне значення для України загалом.

Необхідно звернути увагу на можливе вчинення фігурантами справ податкових злочинів, пов'язаних з ухиленням від сплати податків (ст. ст. 212, 212-1 КК України). Міжнародний досвід свідчить про те, що досить типовою в таких випадках є ситуація, коли отримана у процесі кримінального провадження доказова база є достатньою для притягнення особи до кримінальної відповідальності лише за такі протиправні дії.

У тому разі, якщо отримано інформацію про виведення фігурантом справи отриманих злочинним шляхом коштів до інших країн, зокрема ЄС або афілійованих із країнами ЄС офшорів, доцільним є створення спільних слідчих груп із правоохоронними органами таких країн Євросоюзу. Цей підхід дозволить суттєво скоротити строки, потрібні для отримання інформації, порівняно з направленням клопотання про надання правової допомоги, підвищить можливість повернення таких коштів в Україну. Відповідно до законодавства ЄС, Україна може брати участь у роботі спільних слідчих груп, до складу яких входять представники не менш ніж двох країн Євросоюзу. У такому випадку ці групи створюватимуться під егідою Євроюсту і можуть використовувати фінансування й інші ресурси ЄС, Євроюсту та Європолу.

Варто також зазначити, що участь правоохоронних органів України в роботі спільних слідчих груп, що створені та діють під егідою Європолу, а також ініціювання їх створення теж матиме велике політичне значення для нашої країни і суттєво сприятиме реалізації політики європейської інтеграції.

Окрім цього, доцільним є використання можливостей Державної служби фінансового моніторингу для отримання інформації від закордонних партнерів із використанням її можливостей (Егмондська група, FIU.net), а також, за потреби, ініціювання накладання арештів на рахунки в інших країнах. Варто враховувати, що продовження арешту коштів на більш тривалий термін, аніж це можуть зробити підрозділи фінансової розвідки, передбачає або направлення клопотань про надання правової допомоги, або використання можливостей спільних слідчих груп. Як зазначалося вище, другий шлях має низку переваг.

Із самого початку розслідування першочергову увагу варто приділити виявленню коштів, що підлягають конфіскації. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів,

одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», суб'єкт первинного фінансового моніторингу має право самостійно зупиняти проведення фінансової операції відповідної особи на два дні та зобов'язаний на вимогу Державної служби фінансового моніторингу України зупиняти проведення такої операції на термін до п'яти днів (термін зупинення може бути продовжено до тридцяти днів). Зазначений механізм є досить ефективним для забезпечення подальших слідчих дій. Водночас варто враховувати можливість витоку інформації про таке зупинення від об'єкта первинного фінансового моніторингу. З огляду на це, важливим є налагодження взаємодії з його представниками, а також його належне оперативне забезпечення відповідними правоохоронними органами.

Також доцільне виявлення підконтрольних фігуранту справи юридичних осіб на території України, що можуть використовуватися для незаконних фінансових операцій, відмивання коштів тощо, а також фірм, з якими вони мали службові відносини (наприклад, розміщувати замовлення від імені органів влади). Ураховуючи той факт, що такі особи часто мають суттєві можливості для перешкоджання проведенню розслідувань щодо них самих, на початковому етапі провадження, у деяких випадках, доцільною може бути концентрація уваги саме на таких юридичних особах. Це, у свою чергу, дасть змогу зібрати достатню доказову базу й інші матеріали, які становлять інтерес з погляду проведення фінансового розслідування, що звузить можливості фігуранта впливати на перебіг кримінального провадження.

У сучасних українських умовах досить частою є ситуація, коли юридична особа має подвійну бухгалтерію, що дозволяє їй ефективно приховувати свою справжню економічну діяльність. Вилучення в такої фірми комп'ютерів чи отримання доступу до наявних на них файлів часто не веде до розкриття справжньої інформації, оскільки вона може зберігатися на «хмарних» носіях, доступ до яких прихований і захищений. Отримання доступу до таких даних із використанням процесуальних інструментів, зокрема шляхом направлення клопотань про правову допомогу, є малоімовірним. Тому важливе залучення оперативних підрозділів відповідних правоохоронних органів, зокрема в межах проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Ураховуючи складний характер такого роду розслідувань, особливого значення набуває їх аналітичне забезпечення, водночас важливим є володіння аналітиками методиками проведення саме фінансового аналізу, досвід роботи за оперативно-розшуковими справами та кримінальними провадженнями, пов'язаними з відмиванням грошей, незаконними фінансовими операціями тощо. У цьому зв'язку доцільне залучення до аналітичної роботи експертів-аудиторів і фінансистів, зокрема спеціалістів із міжнародних фінансових операцій. Це також можуть бути спеціалісти-представники міжнародних організацій, насамперед Європолу, а також міжнародних аудиторських установ.

Проведення фінансових розслідувань і оперативно-розшукової роботи зазвичай починається з установлення невідповідності способу життя особи задекларованим нею доходам. Це потребує проведення роботи зі збору даних щодо такої особи та її витрат. Важливу інформацію щодо цього можна отримати з відкритих джерел, зокрема, соціальних мереж, форумів тощо, із відкритих реєстрів, закордонних також. Так, інформація щодо володіння певною особою нерухомістю за кордоном може бути доступна у відкритих реєстрах, доступ до яких може бути здійснено через мережу Інтернет. Подібним чином можна отримати інформацію про фірми, корпоративні права тощо, що належать особі. Водночас отримання інформації щодо таких реєстрів може потребувати консультацій із представниками компетентних органів відповідних країн, а також належного рівня підготовки аналітиків. В окремих випадках доступ до таких ресурсів може бути платним, тож його забезпечення потребуватиме попередньої роботи, наприклад, досягнення домовленостей із компетентними органами відповідних країн, що вже мають такий доступ, щодо його тимчасового надання українській стороні.

Пошук інформації в таких відкритих джерелах доцільно здійснювати з комп'ютерів, зв'язок яких із правоохоронними органами неможливо встановити. Отримана таким чином інформація має бути роздрукована та збережена в електронному вигляді у відповідній базі даних.

Міжнародний досвід свідчить про те, що протидія організованих злочинності, передусім тим її формам, причетними до яких є посадовці високого рівня, буде ефективною, якщо здійснюватиметься в межах визначеної стратегії міжвідомчого рівня, узгодженої із загальнонаціональною стратегією боротьби з організованою злочинністю. Такого роду стратегія має ґрунтуватися на оцінці ризиків і загроз злочинності, що має формуватися відповідно до конкретного напрямку (наприклад, організована злочинність у сфері економіки), яку також доцільно здійснювати із залученням компетентних відомств [9].

Також варто зазначити, що проведення фінансових розслідувань має на меті не лише виявлення активів особи, що підлягають конфіскації, а й її зв'язків у кримінальному середовищі, встановлення інших фактів учинення протиправних дій. Зазначене має особливе значення для нашої країни, де високий рівень терористичної загрози пов'язаний із веденням гібридної війни. Правоохоронними органами нашої країни вже виявлялися факти причетності до фінансування терористичних актів посадових осіб регіонального рівня, причетних до діяльності організованих злочинних угруповань.

Суттєва увага має приділятися фаховій підготовці співробітників із проведення фінансових розслідувань. До проведення такого роду тренінгів доцільно залучати експертів інших країн, що мають досвід проведення такої роботи, представників міжнародних організацій, насамперед Європолу, а також FATF і Управління Організації Об'єднаних Націй із нарको-

тиків і злочинності. У процесі підготовки особливу увагу треба приділяти проведенню таких розслідувань на міжнародному рівні, забезпеченню належного рівня міжнародного співробітництва.

Література:

1. Gangs may be laundering billions via EU banks. *The Straits Times*. 05.11.2017. URL: <https://www.straitstimes.com/business/banking/gangs-may-be-laundering-billions-via-eu-banks-europol>.
2. Cooper A. Europol Director: Fight Against Money Laundering Lacking. *OCCRP*. 04.04.2018 URL: <https://www.occrp.org/en/27-ccwatch/cc-watch-briefs/7870-europol-director-fight-against-money-laundering-lacking>.
3. Joint Parliamentary Scrutiny Group (JPSG) on Europol Discusses Data Protection and Combating Financial Crime. 25.09.2018. URL: https://www.parlament.gv.at/ENGL/EU2018/EUROPOL/Press_release_09_25_18_I.shtml.
4. Failure of anti-money laundering framework. *Expert Legal Review*. 06.09.2017. URL: <http://expertlegalreview.com/failure-anti-money-laundering-framework>.
5. Camden Asset Recovery Inter-Agency Network (CARIN). *Europol*. URL: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/camden-asset-recovery-inter-agency-network-carin-manual>.
6. Joint Investigation Teams Practical Guide. *JITs Project of Eurojust and Europol*. Brussels. 14.02.2017. 40 p.
7. Council Resolution on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT) : Council Resolution (2017/C 18/01). *Official Journal of the European Union*. Volume 60. 19.01.2017. 40 p.
8. Operational Issues : Financial Investigations Guidance. *The Financial Action Task Force*. June 2012. 41 p.
9. Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures. Italy. Mutual Evaluation Report. *FATF*. February 2016. 230 p.

Тронько О. В. Противодействие незаконным транзакциям в современном европейском праве

Аннотация. В статье автором осуществлен анализ европейского права о порядке и особенностях осуществления расследований незаконных транзакций. Автор отмечает, что опыт стран Европейского Союза, а также тенденции развития нормативно-правового регулирования проведения финансовых расследований должны учитываться правоохранительными органами нашей страны при разработке общегосударственных стратегий противодействия преступности.

Ключевые слова: противодействие, транзакции, криминальные проявления, европейское право, правоохранительные органы, международное сотрудничество, международный опыт, офшорные компании, финансовые расследования.

Tronko O. Counter-european transcript control

Summary. In the article the author analyzes the European law regarding the order and peculiarities of conducting investigations of illegal transactions. The author notes that the experience of the European Union countries, as well as trends in the development of legal

regulation of financial investigations, should be taken into account by the law-enforcement bodies of our country when developing national crime prevention strategies. To date, affiliated offshore companies located in the countries of the European Union (EU) is the main “source of money” obtained illegally in Ukraine. The priority direction of the state policy of our country regarding European integration requires the coordination of approaches to financial investigations, with regard to these offshore companies, first of all officials.

The author notes that the conduct of financial investigations is aimed not only at identifying the assets of the person subject to confiscation, but also its connections in the criminal environment, the establishment of other facts of committing unlawful actions. This is especially important for our country, where a high level of terrorist threat is connected with the conduct of the hybrid war. At the same time, the law enforcement agencies of our country have already found facts of involvement in the financing of terrorist acts of officials of the regional level, involved in the activities of organized criminal groups.

Key words: counteraction, transactions, criminal manifestations, European law, law enforcement agencies, international cooperation, international experience, offshore companies, financial investigations.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

УДК 347.4
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.07>

ГУЙВАН П. Д.,
кандидат юридичних наук,
заслужений юрист України,
професор
Полтавського інституту бізнесу

ОКРЕМІ ЕЛЕМЕНТИ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД: ЄВРОПЕЙСЬКІ ПІДХОДИ

Анотація. Робота присвячена науковому дослідженню таких сутнісних складників права на справедливий суд, задекларованого Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, як можливості кожної людини отримати вільний, матеріально обґрунтований доступ до суду, а також отримати відкритий і публічний розгляд своєї справи. Проаналізовано комплексну структуру права на доступ до суду. Право доступу становить лише один з аспектів повноваження особи на справедливий суд. Доступ до правосуддя має бути безперешкодним як з юридичного, так і з фактичного боків. У праці досліджені умови обмеження такого доступу, проаналізована їхня легітимність, та доцільність. Але навіть за умови відповідності основним засадам справедливості окремих обмежень національним законодавством мають бути встановлені альтернативні способи захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав. У роботі вивчені суттєві чинники процесуального принципу, що забезпечує справедливість судового процесу за міжнародним і національним законодавством: це публічність розгляду справи та проголошення рішення. Оцінені міжнародні та національні підходи до забезпечення європейських вимог відкритості судівництва. Виявлені окремі вади у правовому застосуванні європейських принципів в українському середовищі.

Ключові слова: доступ до суду, справедливість судового розгляду, публічність процесу.

Постановка проблеми. Концепція права на справедливий суд сформована в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Згідно з її положеннями, кожний має право на справедливий і публічний

розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом, який вирішить спір щодо його прав і обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Як бачимо, правова конфігурація даної норми має комплексну структуру, складається з багатьох елементів і включає різні юридичні категорії. Вона стосується як інституційних і організаційних аспектів, так і особливостей здійснення окремих судових процедур [1, с. 129]. Отже, міжнародне, а за ним і національне законодавство закріплюють низку елементів права на судовий захист, які в комплексі становлять зміст вказаного права, а розуміння його суто в сенсі дотримання справедливої процедури неправильне. Україна нині далеко не повною мірою відповідає означеним європейським критеріям у побудові свого національного судочинства. Тож маємо численні рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) проти нашої держави, які фіксують зазначені правопорушення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання справедливого судівництва в науці розглядалися такими вченими, як: М. Буроменський, М. Погорецький, Н. Моул, К. Харби, І. Гриценко, В. Городовенко, П. Рабінович, В. Денисов, Д. Супрун, С. Шевчук та ін. Однак дані науковці в основному зосередилися на розробленні конкретних правил поведінки правозастосовного органу й інших учасників у царині забезпечення об'єктивного та чесного процесу для гарантування реалізації права на справедливий суд. Водночас у проведених дослідженнях практично відсутні спроби дослідити інші істотні прояви справедливого судочинства, які, зокрема, є елементами інституційних і організаційних аспектів розглядуваної правової категорії. У цьому контексті корисною має стати адаптація європейської прецедентної практики до національного правозастосування, з відповідним урахуванням його специфіки й особливостей.

Метою статті є з'ясування механізмів застосування поняття «справедливий суд» та рішень ЄСПЛ в українських реаліях та напрацювання нових підходів у цій царині. Для виконання поставленого завдання в межах даного дослідження будуть розглянуті окремі істотні елементи права на справедливий суд.

Виклад основного матеріалу дослідження. З огляду на важливість даного питання, ЄСПЛ свого часу дав конкретне тлумачення змісту поняття права на справедливий судовий розгляд і нині в численних рішеннях саме його і дотримується. Зокрема, Суд зазначив, що, відповідно до усталеного прецедентного права, п. 1 ст. 6 гарантує кожному право на звернення до суду з позовом стосовно будь-яких його цивільних прав та обов'язків. Отже, ця стаття проголошує «право на суд», одним з аспектів якого є право на доступ, тобто право подати позов щодо цивільно-правових питань до суду [2, п. 40]. Поняття права на справедливий суд охоплюється змістом права на справедливий судовий розгляд, яке є дещо ширшим поняттям зі складною структурою. Відповідно до викладеного вище, воно

як елемент містить право на суд, як піделемент – право на доступ до суду. І, хоча буквально формулювання відповідної статті Конвенції 1950 р. не містить закріплення доступу до суду як складової частини права на справедливий розгляд, це не означає, що дане право виключає чи не враховує настільки важливої категорії, як доступ до суду.

Справді, вказане роз'яснення має велике значення, бо, якби було по-іншому, сама конструкція права на справедливий суд стала б безглуздою та неефективною. Адже Конвенція спрямована на те, щоби гарантувати не теоретичні або ілюзорні права, а права, здійсненні на практиці й ефективні. Це особливо стосується права доступу до правосуддя у світлі того значення, яке має в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд. Конвенція реально захищає право на те, що справа взагалі буде розглядатися, отже, право на справедливість включає право на доступ до суду як свій елемент. Доступ постулюється як безперешкодна можливість звернутися до суду без спеціальних дозволів, обтяжливих досудових засобів урегулювання спорів, проходження спеціальних процедур тощо.

Загалом право доступу, що розуміється як можливість ініціювати судове провадження в цивільних справах, становить лише один з аспектів повноваження особи на справедливий суд. Воно не є абсолютним; зазвичай допускаються обмеження, оскільки вимагається за самою своєю природою державного регулювання. Держави-учасниці мають у цьому питанні свободу розсуду. Однак за правилом Конвенції правозастосовний орган повинен переконатися в тому, що застосовувані обмеження не обмежують право доступу до правосуддя таким чином або такою мірою, що сама його сутність виявляється порушеною. Таке обмеження відповідатиме п. 1 ст. 6 за умови, що воно має законну мету і що існує розумна співмірність між використовуваними засобами і поставленою метою [3, п. 147]. За позицією ЄСПЛ, доступ до суду має забезпечувати подальший чесний та справедливий розгляд справи. Як щодо цивільних справ, так стосовно кримінальних, п. 1 ст. 6 не робить різниці між питаннями факту і права. Ті й інші мають визначальне значення для результату процесу, предмет якого «цивільні права й обов'язки». Вони обопільно значущі для «права на суд» і для правового врегулювання спору [4, п. 51].

Безперешкодний доступ до правосуддя означає відсутність для особи юридичних і фактичних завад. Так, із правового боку, перешкоди можуть проявлятися наявністю нормативно встановленого переліку категорій справ, що не підлягають судовому розгляду. До компетенції конкретної держави належать повноваження визначати такі категорії. Але національним законодавством мають бути встановлені альтернативні способи захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів особи. ЄСПЛ щодо цього зауважує, що, хоча п. 1 ст. 6 гарантує «право на суд», держави-учасники не зобов'язані обмежувати розгляд цивільно-правових спорів процедурою, кожний етап якої повинен проходити в «судах» від-

повідно до встановлених правил. Попереднє втручання адміністративних органів і навіть *a fortiori* (з тим більшою підставою) юрисдикційних органів, що не в усьому відповідають усім необхідним вимогам, може виявитися виправданим у зв'язку з вимогами гнучкості й ефективності, цілком сумісними із захистом прав людини; це відповідає правовій традиції багатьох країн-членів Ради Європи. До того ж правило про безперешкодний доступ до суду повинно діяти не лише стосовно вже розпочатої процедури: на неї може посылатися кожен, хто, вважаючи незаконним втручання у здійснення належного йому права, заявить, що не мав можливості порушити справу в суді, що відповідає вимогам п. 1 ст. 6 Конвенції.

Крім юридичних перешкод, у здійсненні конвенційного права на доступ можуть існувати і завади фактичного порядку. Фактична перешкода може порушувати Конвенцію так само, як і юридична, скажімо, у цьому сенсі національні норми права не повинні створювати перешкод для індивідуального звернення з мотивацією, що це право належить компетентному органу чи іншому суб'єкту. Належний доступ до суду передбачає наявність права самостійного звернення, якщо особа вважає, що її права й інтереси порушені. ЄСПЛ вказує на те, що, гарантуючи особі ефективне право доступу до правосуддя під час визначення її «цивільних прав і обов'язків», п. 1 ст. 6 залишає державі свободу вибору у використанні засобів для досягнення цієї мети. Одним із них є система надання юридичної допомоги, але є й інші, як-от, наприклад, спрощення процедури. У будь-якому разі у функції Суду не входить рекомендувати, а наказувати і поготів, яких заходів треба вжити; усе, чого вимагає Конвенція, – щоб особа реально користувалася своїм правом доступу до правосуддя на умовах, що не суперечать їй. З іншого боку, Конвенція повинна тлумачитися з урахуванням сучасних умов і має на меті захистити особу реальним і практичним способом стосовно тих сферах, якими вона займається. Хоча Конвенція встановлює, що по суті деякі права є цивільними і політичними, багато з них мають соціальні чи економічні наслідки. Отже, Суд вважає, що тлумачення Конвенції може поширюватися на сферу соціальних і економічних прав, це не повинно бути вирішальним чинником і немає жодного бар'єра, що відділяє цю сферу від сфери, охопленої Конвенцією [5, п. 26].

Гарантування вільного доступу людини до судівництва часто може супроводжуватися необхідністю здійснення з боку держави певних вчинків за відповідних обставин. Бо перешкоди фактично можуть суперечити Конвенції так само, як правові перешкоди. Крім того, виконання зобов'язання за Конвенцією іноді вимагає певних позитивних дій із боку держави; за таких обставин держава не може просто залишатися пасивною, «немає місця для розмежування дій і бездіяльності». Зокрема, у справі «Маркс проти Бельгії» [6, п. 31, 32] Європейський суд з прав людини вказує на те, що, проголошуючи право на повагу до сімейного життя, ст. 8 Конвенції означає, що держава не може втручатися у здійснення цього права інакше, ніж відповідно до строгих умов, викладених у цій нормі. Це не просто

змушує державу утримуватися від такого втручання: на додаток до цього, передусім негативного заходу можуть існувати позитивні зобов'язання, притаманні ефективному прояву «поваги» до сімейного життя.

Це, серед іншого, означає, що коли держава визначає у своїй внутрішній правовій системі режим, який застосовується до певних сімейних зв'язків, як-от між незаміжною матір'ю та її дитиною, він повинен діяти таким чином, щоби дозволити зацікавленим особам вести нормальне сімейне життя. У ст. 8 зазначено, що повага до сімейного життя передбачає, зокрема, на думку Суду, наявність у національному законодавстві правових гарантій, які дозволяють із моменту народження дитині інтегруватися в сім'ю. У зв'язку із цим держава має вибір різних засобів, але закон, який не задовольняє цієї вимоги, порушує п. 1 ст. 8, не вимагаючи розглядати його відповідно до п. 2 ст. 8. Отже, вбачається порушення ст. 14 Конвенції щодо користування особою правами і свободами без будь-якої дискримінації.

Обов'язок забезпечити ефективне право на доступ до судів підпадає під цю категорію обов'язків. Держава не може просто залишатися пасивною стороною. Обов'язок забезпечити ефективність права доступу до правосуддя шляхом учинення діянь позитивного змісту є одним із таких зобов'язань. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини – це обов'язки держави, які вимагають від національних органів влади застосувати необхідних засобів для гарантування прав людини. Ці засоби можуть бути юридичними, якщо на державу покладається обов'язок накладати санкції на осіб, які порушують Європейську конвенцію, або встановити юридичні правила для здійснення певного роду діяльності чи регламентації поведінки окремих категорій осіб. Позитивні зобов'язання держави можуть включати також практичні засоби. Інакше кажучи, держава мусить щось зробити для того, щоби особа могла скористатися своїми правами за Конвенцією. Це, скажімо, може включати ухвалення окремих нормативних актів, що допоможе забезпечити користування гарантованими Конвенцією правами, або забезпечення реальних умов для реалізації прав.

Найбільш показово обов'язок здійснення державою позитивних дій, спрямованих на гарантування конвенційних прав, проявляється в реалізації приписів ст. ст. 2, 3, 8–11 Конвенції. Попри те, що за своїм змістом дані норми полягають у захисті життя, свободи, особистих приватних і публічних прав осіб від свавільного втручання з боку державних органів, вони також запроваджують деякі зобов'язання щодо забезпечення ефективного дотримання прав, закріплених у ній. Так, ст. 8 накладає на державу позитивне зобов'язання щодо забезпечення своїм громадянам права на повагу до їхньої приватності в широкому сенсі, що захищається ст. 8. Реально вказане зобов'язання включає в себе вжиття конкретних ефективних та доступних заходів для захисту права на повагу до приватного життя. Отже, варто визнати, що здійснення всіх груп прав людини залежить від інституційних гарантій – права на доступ до справедливого суду або ж права на ефективний правовий засіб, створення яких потребує організаційної

діяльності активного характеру, тобто здійснення «позитивних зобов'язань». Звісно, підтримання цих інституційних систем вимагає і діяльності, і виділення фінансових коштів [7, с. 248].

Ще одним суттєвим чинником, що забезпечує справедливість судового процесу за міжнародним і національним законодавством, визначено публічність розгляду справи та проголошення рішення. Цей принцип у науці та практиці здебільшого розуміється як припис стосовно публічного розгляду спору, що спрямовано на захист особи від таємного, не підконтрольного суспільству відправлення правосуддя. Справді, дослідники питання згодні з тим, що гласність судового розгляду у кримінальній і цивільній справі є однією з істотних гарантій справедливості процесу. Вона захищає учасників судового провадження від негласного правосуддя, яке уникає контролю з боку громадськості, і становить один із засобів збереження довіри до суду.

Роблячи відправлення правосуддя прозорим, суд практично сприяє досягненню цілей справедливості судового розгляду, гарантія якого є одним з основоположних принципів будь-якого демократичного суспільства в розумінні Конвенції. Усі держави-члени Ради Європи визнають принцип публічності, хоча їхні законодавчі системи та судова практика показують деякі розбіжності у ставленні до обсягу і способу його реалізації, як стосовно проведення слухань, так і щодо оприлюднення судових рішень. Формальний аспект питання має, однак, другорядне значення порівняно з метою, яка лежить в основі вимоги публічності. Важливе місце, яке посідає в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд, спонукає ЄСПЛ до здійснення контролю в даній області, отже, проведення ретельного аналізу конкретної судової процедури [8]. Оцінюючи практичні підходи Євросуду, варто зазначити, що правило про публічність процесу вважається дотриманим, коли відбувся відкритий розгляд принаймні в суді першої інстанції. Якщо ж публічність розгляду справи в місцевому суді не була дотримана, це може бути виправлено публічним апеляційним переглядом справи.

Український правотворець останнім часом зробив серйозні кроки в напрямі дотримання європейських вимог до відкритості судівництва. Так, за приписами ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», судові рішення, судові засідання й інформація щодо справ, які розглядаються судом, є відкритими, крім випадків, установлених законом. Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Будь-яка особа має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, установленому законом. Також кардинально змінилися підходи до використання засобів електронної техніки для оприлюднення перебігу процесу. Особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити в залі судового засідання фотозйомку, відео- й аудіозапис із використанням портативних відео- й аудіотехнічних засобів

без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, установлених законом. Трансляція судового засідання здійснюється з дозволу суду. Якщо всі учасники справи беруть участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції, здійснюється транслявання перебігу судового засідання в мережі Інтернет обов'язковим порядком. Проведення в залі судового засідання фотозйомки, відеозапису, а також трансляція судового засідання повинні здійснюватися без створення перешкод для ведення засідання і здійснення учасниками судового процесу їхніх процесуальних прав. Суд може визначити місце в залі судових засідань, з якого має проводитися фотозйомка, відеозапис.

Проте, як то часто буває, законодавчі зміни в даній сфері призвели до такого тлумачення нормативних новацій, які цілковито вихолостили їхній зміст і в окремих випадках призводять до свавілля. Як приклад можемо навести численні випадки, коли особа проводить зйомку в залі суду під час слухання справи, а судді водночас вказують на те, що вони не мають права впливати на це. Навіть більше, різні кваліфікаційні комісії, які нині проводять регулярні переатестації суддів (на жаль, без належного ефекту та без зміни персоналій, а так – для годиться), щоби не займатися кропіткою та складною справою щодо дослідження статків і компетенції фігурантів, облюбували такий підхід: приймається до розгляду скарга учасника процесу на заборону зйомки під час провадження, і на цій підставі робиться висновок про неправомірність дій судді. Але дана концепція є відверто безграмотною та помилковою. Бо український, як, до речі, і міжнародний закон, не надає праву на проведення зйомки під час процесу абсолютного характеру. Воно може і мусить бути обмеженим у випадках, які встановлені законодавством.

Чомусь прибічники абсолютизації свободи використанням портативних відео- і аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду не помічають важливої фрази у ст. 11 Закону «Про судоустрій і статус суддів», де вказано на те, що зазначена свобода має реалізовуватися «з урахуванням обмежень, встановлених законом». Така фраза не є порожньою. Ціла низка статей Цивільного кодексу (далі – ЦК) України присвячена охороні нематеріальних особистих прав фізичної особи. Так, у ст. 301 ЦК зазначено, що фізична особа має право на збереження в таємниці обставин свого особистого життя, а у ст. 302 ЦК наголошено на тому, що збирання, зберігання, використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи без її згоди не допускаються, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Нарешті, ст. 307 ЦК регулює порядок захисту інтересів фізичної особи під час проведення фото-, кіно-, теле- та відеозйомок. Фізична особа може бути знята на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку лише за її згодою. Згода особи на знімання її на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку припускається, якщо зйомки проводяться відкрито на вулиці, на зборах, конференціях, мітингах та під час інших заходів публічного характеру. Особа, яка пого-

дилася на знімання її на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку, може вимагати припинення їх публічного показу в тій частині, яка стосується її особистого життя.

Отже, вбачається, що українське суспільство відійшло від закритості процесу до повного нехтування конфіденційними правами людини. Проте ЄСПЛ принципово захищає права осіб від незаконного втручання у приватне життя, щодо цього неодноразово визнавав факти правопорушень із боку України. Отже, щоби досягти необхідного балансу між правом на публічну інформацію (ст. 10 Конвенції) та правом на приватність (ст. 8 Конвенції), варто ретельно дотримуватися правил демократичного суспільства, виходячи із засад охорони прав людини. Як стверджує Європейський суд з прав людини, «гласність судового розгляду становить основоположний принцип, закріплений статтею в Конвенції. Ні буква, ні дух цієї норми не перешкоджають особі від неї відмовитися за своєю ініціативою, прямо або мовчазно, але така відмова повинна бути не двозначною і не має стикатися із жодним важливим суспільним інтересом. У розглядуваній справі її приватний, медичний характер не викликав сумнівів, що це стримувало заявника від прагнення до присутності громадськості. Нарешті, важливо, що в цій сфері національна влада повинна враховувати вимоги ефективності й економіки. Систематичне проведення слухань могло б стати перешкодою на шляху до особливих зусиль, необхідних у справах соціального забезпечення» [9, п. 58]. З огляду на таку позицію, зйомка в залі судових засідань без дозволу судді може проводитися лише за наявності таких чинників: матеріали справи не стосуються особистого життя сторони, особа надала згоду про публічну фіксацію її конфіденційної інформації.

Вимога публічності застосовується не лише до процедури розгляду справи, а і до процесу проголошення судового рішення. Водночас, на відміну від можливості недотримання принципу публічності під час проведення провадження в судах апеляційної та касаційної інстанцій, припис про публічність проголошення судового рішення не передбачає можливості будь-яких винятків. Варто враховувати, що оголошення судового вердикту означає не спосіб його оприлюднення, а можливість ознайомитися з ним.

Відкритість правозастосовних процедур має також серйозне значення для забезпечення іншої правової засади справедливого судочинства: публічність правозастосування є важливим інструментом, який сприяє зміцненню довіри до діяльності судової системи та запобігає проявам небезсторонності й упередженості юрисдикційного органу. Тут впадає в очі недотримання українською правовою системою вже коментованого правила про можливість відступу від принципу відкритості під час перегляду справи вищими інстанціями, оскільки це може порушувати право особи на безсторонній суд. Так, за нормою ст. 394 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, ухвалу про відкриття касаційного провадження у справі виносить зазвичай суддя-доповідач. Вона надсилається

сторонам процесу. Але подальший касаційний перегляд з урахуванням правил ст. ст. 401, 402 ЦПК України відбувається порядком спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи. Тож, мало того, що сторона спору, за українською правозастосовною традицією, дізнається про перегляд своєї справи «заднім числом», отже, позбавлена можливості особисто обстоювати свою правову позицію в суді, вона ще не убезпечена від можливого упередженого правосуддя. Адже склад суду оголошується в засіданні, яке за ідеєю не є публічним, тож оцінювати безсторонність органу та заявляти йому відводи особа можливості не має.

Із проведеного дослідження можемо зробити такі **висновки**. Такі основоположні чинники справедливого судівництва, як гарантований вільний та матеріально забезпечений доступ до суду, відкритість судового процесу та проголошення рішення, є важливими засадами побудови української судової системи у світлі вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас, попри неодноразову констатацію порушень права на вільний доступ до правосуддя, своєчасний та неупереджений розгляд справи в національному суді Європейським судом у своїх рішеннях, українське судівництво реагує на це дуже кволо. Відсутність відповідних юридичних гарантій становить велику небезпеку для верховенства права. Суттєвим гальмом є неоднакове застосування тих самих норм: різне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту закону. Нагальною залишається потреба в тому, щоби судді усвідомлювали особисту відповідальність за своєчасний розгляд справ, не допускали фактів відмови в доступі до правосуддя, вживали всіх необхідних заходів із метою неухильного дотримання принципу публічності, неупередженості та безсторонності.

Література:

1. Коваль І. Право на справедливий суд: практика Європейського суду з прав людини щодо України. *Право України*. 2006. № 10. С. 129–132.
2. Рішення ЄСПЛ від 19 березня 1997 р. у справі «Горнсбі проти Греції» (“Hornsby v. Greece”), заява № 21722/11. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_079.
3. Рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1998 р. у справі «Осман проти Сполученого Королівства» (“Osman v. United Kingdom”), заява № 23452/94. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/Osman.pdf>.
4. Рішення ЄСПЛ від 23 червня 1981 р. у справі «Ле Компте, Ван Левен Де Меєр проти Бельгії» (“Le Compte, Van Leuven et De Meyere v. Belgium”), заява № 6878/75;7238/75. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{itemid}:\[«001-57522»\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{itemid}:[«001-57522»]).
5. Рішення ЄСПЛ від 9 жовтня 1979 р. у справі «Ейрі проти Ірландії» (“Airey v. Ireland”), заява № 6289/73. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid}:\[«001-57420»\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid}:[«001-57420»]).
6. Рішення ЄСПЛ від 13 червня 1979 р. у справі «Маркс проти Бельгії» (“Marckx v. Belgium”), заява № 6833/74. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid}:\[«001-57534»\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid}:[«001-57534»]).
7. Бадида А., Лемак В. Позитивні зобов'язання держави в контексті розуміння прав людини. *Публічне право*. 2017. № 2 (26). С. 245–253.

8. Рішення ЄСПЛ від 25 квітня 2002 р. у справі «Варела Ассаліно проти Португалії» (“Varela Assalino contre le Portugal”), заява № 64336/01. URL: <http://echr.ketse.com/doc/64336.01-fr-20020425/>.
9. Рішення ЄСПЛ від 24 червня 1993 р. у справі «Шулер-Жрагген проти Швейцарії» (“Schuler-Zraggen v. Switzerland”), заява № 14518/89, URL: https://www.menschenrechte.ac.at/orig/92_4/Schuler-Zraggen.pdf.

Гуйван П. Д. Отдельные элементы права на справедливый суд: европейские подходы

Аннотация. Работа посвящена научному исследованию таких существенных составляющих права на справедливый суд, задекларированного Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, как возможности каждого человека получить свободный, материально обоснованный доступ к суду, а также получить открытое и публичное разбирательство своего дела. Проанализирована комплексная структура права на доступ к суду. Право доступа составляет лишь один из аспектов полномочия лица на справедливый суд. Доступ к правосудию должен быть беспрепятственным как с юридической, так и с фактической сторон. В работе исследованы условия ограничения доступа к ним, проанализированы их легитимность и целесообразность. Но даже при условии соответствия основным принципам справедливости определенных ограничений национальным законодательством должны быть установлены альтернативные способы защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав. В работе изучены существенные факторы процессуального принципа, который обеспечивает справедливость судебного процесса по международному и национальному законодательству: это публичность рассмотрения дела и принятия решения. Оценены международные и национальные подходы к обеспечению выполнения европейских требований к открытости судопроизводства. Выявлены определенные недостатки в правовом применении европейских принципов в украинской среде.

Ключевые слова: доступ к суду, справедливость судебного разбирательства, публичность процесса.

Guyvan P. Separate elements of the right to a fair trial: European approaches

Summary. The work is devoted to the scientific study of such essential components of the right to a fair court, declared by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as the opportunity for every person to have free, materially grounded access to the court, as well as to get an open and public hearing of his case. Analyzed the complex structure of the right of access to the court. It is established that it is one of the aspects of the right to a fair trial. This right is of great importance, because according to the position of the ECHR, if it were different, the very construction of the right to a fair court would become meaningless and ineffective. The right of access constitutes only one aspect of the authority of a person to a fair trial. Actually it is not absolute; for silence restrictions are allowed, as this is required by the very nature of government regulation. States parties have a certain margin of appreciation in this matter. However, according to the rule of the Convention, the law enforcement body must ensure that the restrictions applied do not restrict the right of access to justice in such a way or to such an extent that its very nature is violated.

Access to justice must be unhindered, both from the legal and the de facto parties. The paper studies the conditions for restricting access to them, analyzes their legitimacy and expediency. But, even if the basic principles of justice comply with certain restrictions, national legislation

should establish alternative ways to protect violated, unrecognized or disputed rights. The issues of existence in national legislation and mechanisms to overcome the actual obstacles to access to justice are considered. In particular, it has been established that proper access to the court presupposes the existence of the right of independent recourse if the person considers that his rights and interests are violated.

The work examines the essential factors of the procedural principle, which ensures the fairness of the judicial process under international and national legislation: this is the publicity of the consideration of the case and decision making. International and national approaches towards ensuring European requirements for open legal proceedings are assessed. Identified certain shortcomings in the legal application of European principles in the Ukrainian environment.

Key words: access to court, fair trial, publicity of process.

УДК 341.231.145

DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.08>**ЗАВГОРОДНІЙ В. А.,**

кандидат юридичних наук, доцент,

професор кафедри теорії та історії держави і права

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ЗМІСТ ТА ОБСЯГ КАТЕГОРІЇ «ЗАХОДИ ІНДИВІДУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ» В АСПЕКТІ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Анотація. У статті досліджується категорія «заходи індивідуального характеру» у рамках імплементації рішень Міжнародного суду Ради Європи в національну правову систему, розкривається її зміст та обсяг. За результатами дослідження автором запропоновано поняття та види досліджуваного правового явища, з'ясовано його юридичну природу, а також особливості вжиття таких заходів.

Ключові слова: заходи, засоби, заходи індивідуального характеру, первинні заходи індивідуального характеру, додаткові заходи індивідуального характеру, окремі заходи індивідуального характеру.

Постановка проблеми. Виконання державою-відповідачем ухвалених Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) остаточних рішень, що в межах даного дослідження розглядається елементом механізму їх імплементації в національну правову систему, неможливе без вжиття відповідних заходів, вид та значення яких у кожному конкретному випадку констатації порушення конвенційних прав різні. Однак, незважаючи на ухвалення українським парламентом спеціального Закону «Про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ», його положення не розкривають зміст вживаного в ньому поняття «заходи індивідуального характеру», що актуалізує питання про його сутність і обсяг.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості виконання рішень Страсбурзького суду Ради Європи досліджували у своїх роботах такі вітчизняні та закордонні вчені, як: В. Абдрашитова, І. Андронов, А. Деменева, В. Євінгов, О. Кайдаш, Л. Москвич, В. Паліюк, П. Рабінович, О. Сердюк, О. Соловійов, С. Федик, В. Туманов, Т. Дудаш, С. Шевчук та інші. Проте питання про зміст та обсяг категорії «заходи індивідуального характеру» не знайшли своєї однозначної відповіді як в загальнотеоретичній, так і галузевих юридичних науках.

Під час підготовки цієї статті автор поставив за мету розкрити зміст поняття «заходи індивідуального характеру», з'ясувати види і характерні риси однойменного правового феномену.

Виклад основного матеріалу дослідження. Зважаючи на те, що досліджуване правове явище у своїй основі має ключове слово «захід», передусім саме воно потребує свого сутнісного розуміння.

В «Академічному тлумачному словнику української мови» зазначається, що термін «захід» має декілька значень, серед яких такі: 1) сукупність дій або засобів для досягнення, здійснення чого-небудь; 2) намір, задум здійснити що-небудь [1]. Тотожне трактування цього слова наявне і у «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» [2, с. 433].

Подібну інтерпретацію слова «заходи» можна знайти і в словниках російської мови. Так, наприклад, у «Тлумачному словнику» С. Ожегова та Н. Шведової відповідний термін «меры» пропонується розуміти як засіб для здійснення чого-небудь, захід (наприклад, запобіжні заходи, рішучі заходи, вжити необхідних заходів) [3, с. 544]. Отже, авторами наголошується на двох основних значеннях цього терміна у множині, а саме: знаряддя та дії. У «Словнику російської мови» Д. Ушакова термін «меры» трактується дещо інакше, окрім значення «захід», розуміється як спосіб дії [4, с. 439], тобто в розумінні сукупності прийомів діяння.

Зазначене дозволяє стверджувати, що інтерпретація категорії «заходи» характеризується полісемічністю та може розглядатися як: 1) дії (правомірна поведінка уповноважених суб'єктів для досягнення визначеної мети); 2) засоби (те, що слугує знаряддям досягнення суб'єктами визначеної мети); 3) наміри (задекларовані бажання суб'єктів зробити, вчинити що-небудь); 4) способи (сукупність прийомів досягнення визначеної мети).

Найбільш прийнятним вважаємо підхід до трактування категорії «заходи» через сукупність відповідних засобів, зокрема правових. Поділяємо позицію щодо цього А. Малько, який стверджує, що правові засоби – це правові явища, вираженням яких є інструменти (встановлення) і діяння (технології), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей [5, с. 722–723]. Правник наголошує на необхідності розуміння правових засобів через сукупність двох складових частин: інструментальної та технологічної.

Уважаємо, що в рамках нашого дослідження розуміння категорії «заходи» має також ґрунтуватися на поєднанні інструментального та технологічного аспектів розуміння поняття «засоби», тобто в їх діалектичній єдності. Інструментальний аспект дає відповідь на запитання, за допомогою чого досягається поставлена мета, здійснюється вплив на поведінку суб'єктів чи розв'язується конкретне завдання. Технологічний аспект вказує на те, у який спосіб застосовується чи використовується той або інший засіб, тобто за допомогою сукупності яких юридичних прийомів діяти суб'єкту.

Аналіз положень ст. 1 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ» дає підстави стверджувати, що порядок

виконання рішення Страсбурзького суду містить три складові частини, а саме: 1) виплату стягувачеві відшкодування; 2) ужиття додаткових заходів індивідуального характеру; 3) ужиття заходів загального характеру [6]. Зважаючи на те, що перші два заходи мають персоніфікований характер, їх закономірно відносять до індивідуальних, хоча варто зауважити, що в самому законі виплата відшкодування безпосередньо так не розглядається.

Виплата відшкодування (справедлива сатисфакція) є першим необхідним заходом, що вживається державою на виконання резолютивної частини рішення Страсбурзького суду та по суті являє собою грошову суму, яка виплачується з бюджету держави як компенсація за протиправні дії з боку її органів чи посадових осіб. Проте варто наголосити на тому, що встановлення такого відшкодування скаржнику рішенням ЄСПЛ зумовлюється низкою особливостей, які потребують свого критичного осмислення.

Принагідно зазначимо, що ст. 41 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод встановлено такі умови надання потерпілій стороні справедливої сатисфакції: визнання Судом факту порушення Конвенції або протоколів до неї; якщо внутрішнє право відповідної високої договірної сторони передбачає лише часткове відшкодування; за необхідності [7].

Зазначене дозволяє стверджувати, що встановлення Судом факту порушення конвенційних норм ще не є підставою для присудження скаржнику грошової компенсації, потребує з'ясування ним особливостей національних компенсаційних механізмів на предмет їхньої повноти. Водночас Міжнародний суд Ради Європи має обґрунтувати у своєму рішенні необхідність виплати сатисфакції, що до того ж має бути справедливою, зважаючи на обставини справи.

Як убачається з аналізу рішень ЄСПЛ проти України та деяких інших європейських держав, виконання умови «необхідності призначення сатисфакції» загалом зводиться до аналізу заяви скаржника на предмет наявності від нього вимоги про компенсацію завданої державою шкоди. Якщо такої вимоги немає, Європейський суд, навіть за констатації порушення конвенційних прав, не вбачає підстав для присудження сатисфакції. Так, наприклад, у рішенні у справі «Ю. Тимошенко проти України» ЄСПЛ дійшов висновку про те, що оскільки заявниця не подала будь-яких вимог щодо компенсації шкоди або судових та інших витрат, за пунктами ст. 41 Конвенції їй нічого не присуджується [8].

Отже, однією з обов'язкових умов отримання грошової компенсації як заходу персоніфікованого характеру є її вимога з боку скаржника. Аналіз значної кількості рішень Страсбурзького суду доводить, що заявник часто вимагає більш значну суму компенсації завданої шкоди, що визнається Судом необґрунтованою, надмірною чи документально непідтвердженою.

Варто зауважити, що ЄСПЛ, виконуючи оціночну функцію під час визначення справедливого розміру матеріальної чи моральної шкоди, виходить із відповідних витрат і витрат, яких поніс заявник, а також зазначених страждань чи пригнічень. Однак у деяких випадках ЄСПЛ доходить

висновку, що сама собою констатація порушення прав людини вже становить достатню справедливу сатисфакцію, з огляду на обставини справи.

Таких висновків, наприклад, дійшов ЄСПЛ у рішенні у справі «Назарчук проти України», де зазначається, що Суд не бачить жодного причинно-наслідкового зв'язку між констатованим порушенням і заявленою вимогою заявника щодо матеріальної шкоди. Суд не присуджує компенсації в цьому зв'язку. Що ж стосується моральної шкоди, то Суд визнає вимоги заявника необґрунтованими і вважає, що факт визнання порушення становитиме достатню справедливу сатисфакцію в цій справі, зважаючи на тривале мовчання заявника щодо виконання рішення суду в його справі [9]. Отже, необґрунтованість вимог заявника та його бездіяльність на внутрішньодержавному рівні призводять до неотримання жодної грошової компенсації, хоча рішення Міжнародного суду ухвалено на його користь. Зазначене вказує на те, що, незважаючи на традиційне уявлення про справедливу компенсацію як грошову виплату (винагороду) скаржнику, за певних обставин конкретної справи ЄСПЛ не розглядає її у грошовому еквіваленті, щоправда, на наше переконання, такі висновки Суду напряду залежать від вимог і дій скаржника.

Зважаючи на те, що метою заходів індивідуального характеру є не тільки виплата справедливої компенсації скаржнику, але і припинення встановленого Страсбурзьким судом порушення прав та відновлення його правового становища, наскільки це можливо, до того стану, у якому скаржник перебував до порушення Конвенції (*restitutio in integrum*), держава має вдатися і до інших ефективних заходів, вибір яких залишається за останньою.

Водночас, як зазначив сам Суд у рішенні у справі «Папаміхалопулос та інші проти Греції», високі договірні сторони у принципі вільні у виборі засобів, шляхом використання яких вони виконуватимуть рішення, у якому Суд визнав порушення. Ця свобода дій щодо способу виконання рішення відображає свободу вибору, пов'язаного з першочерговим зобов'язанням держав забезпечувати визначені Конвенцією права і свободи (ст. 1). Якщо природа Конвенції дозволяє "*restitutio in integrum*", то держава-відповідач може сама його виконати, оскільки у Суду немає ні таких повноважень, ні практичних можливостей для виконання "*restitutio in integrum*". З іншого боку, якщо внутрішнє право не дозволяє – або дозволяє лише часткову – компенсацію, то ст. 41 дозволяє Суду надати потерпілій стороні відшкодування, яке, як він вважає, буде адекватним [10].

Аналіз зазначеної правової позиції ЄСПЛ дозволяє говорити про наявний прямий зв'язок розміру справедливої сатисфакції та можливості перегляду судового рішення на національному рівні після констатації ЄСПЛ порушення конвенційних прав людини, що актуалізує питання про необхідність закріплення на законодавчому рівні обов'язкового перегляду справи скаржника Верховним Судом. Щодо цього як на міжнародному, так і на національному рівнях сформовано низку положень, що мають як рекомендаційний, так певною мірою нормативний характер.

Відповідно до Рекомендації NR (2000) 2 «Щодо повторного розгляду або поновлення провадження у певних справах на національному рівні після ухвалення рішень ЄСПЛ», Комітет міністрів Ради Європи закликає договірні сторони, зокрема, до перегляду своїх національних правових систем із метою забезпечення адекватних можливостей повторного розгляду справи, включаючи поновлення провадження, коли Суд визнав порушення Конвенції, особливо: а) коли потерпіла сторона і далі зазнає значних негативних наслідків рішення, ухваленого на національному рівні, – наслідків, щодо яких справедлива сатисфакція не була адекватним засобом захисту, і які не можна виправити інакше, ніж через повторний розгляд або поновлення провадження; б) коли рішення Суду спонукає до висновку, що оскаржене рішення національного суду суперечить Конвенції по суті, або в основі визнаного порушення лежали суттєві процедурні помилки чи недоліки, які ставлять під серйозний сумнів результат оскарженого провадження на національному рівні [11]. Погоджуємося із запропонованими Комітетом міністрів Ради Європи підставами для перегляду національного судового чи іншого рішення, у разі констатації ЄСПЛ порушення прав людини, значимо нагальне питання про те, хто із суб'єктів і на якому етапі має взяти до уваги згадані умови.

У ст. 11 Закону «Про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ» зазначається, що право порушити провадження про перегляд справи та / або право на відновлення провадження є виключним правом лише самого заявника [6]. Можливість перегляду рішень національних судових інстанцій за виключних обставин, однією з яких є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань під час вирішення даної справи судом, передбачена також гл. 34 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, гл. 3 р. V Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, гл. 3 р. IV Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ).

Однак варто наголосити на тому, що, згідно з положеннями зазначених кодексів, право подати заяву про перегляд за виключними обставинами має особа, на користь якої постановлено рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, не пізніше тридцяти днів із дня, коли така особа дізналася або могла дізнатися про набуття цим рішенням статусу остаточного (п. 2. ч. 5. ст. 461 КПК, п. 5. ч. 1. ст. 424 ЦПК, п. 6. ч. 1. ст. 363 КАСУ).

Отже, імовірність ужиття такого заходу індивідуального характеру, як перегляд справи, на пряму залежить не тільки від рівня освіченості та правосвідомості людини, конвенційне право якої було порушене, але й від дотримання нею визначених законодавством строків. Виходячи з логіки законодавця та беручи до уваги попередньо зазначені рекомендації Ради Європи, саме потерпіла від дій держави особа має спершу визначитися, чи є присуджена ЄСПЛ справедлива сатисфакція адекватним для неї засобом

захисту її порушеного права, чи може повторний розгляд або поновлення провадження справи виправити негативні наслідки попередньо ухваленого рішення, і чи ухвалене рішення суперечить Конвенції або ж мало суттєві процедурні помилки чи недоліки. На наше переконання, відповіді на ці запитання може надати лише кваліфікований правник, послугами якого може скористатися не кожен пересічний громадянин.

Зазначене вказує на те, що законодавець, перекладаючи ініціативу вжиття цього заходу на скаржника, фактично визнає його неосновним (факультативним) у механізмі імплементації рішень ЄСПЛ, що призводить до їх незначної кількості, водночас роль держави зводиться лише до інформування потерпілої особи про її право на ініціювання перегляду.

Так, за інформацією судді Верховного Суду (далі – ВС) Д. Гудими, упродовж 2018 р. Велика палата ВС розглянула по суті 70 заяв про перегляд судових рішень за виключними обставинами, з яких: 9 задовольнила повністю, 5 задовольнила частково, відмовила в задоволенні 40, закрила провадження щодо 16 [12].

Щодо цього варто зауважити, що сам факт констатації ЄСПЛ порушення конвенційного права вказує на неефективність безпосередньо судової системи держави-відповідача, тому запуск процедури відновлення попереднього юридичного стану через перегляд попередньо ухваленого рішення вищою національною судовою інстанцією має бути обов'язком держави, а не питанням власного розсуду скаржника. Проте Великою палатою ВС сформовано іншу позицію, згідно з якою не може застосовуватися як захід індивідуального характеру на виконання рішення ЄСПЛ перегляд судових рішень у зв'язку з виключними обставинами за п. 2 ч. 3 ст. 423 ЦПК України у випадках, якщо встановлені ЄСПЛ порушення Україною міжнародних зобов'язань: повинні бути усунуті лише шляхом ужиття заходів загального характеру; не стосуються особи, яка подала заяву про перегляд судових рішень; не стосуються справи, про перегляд судового рішення в якій подана заява; стосуються лише тривалості розгляду даної справи чи тривалості невиконання ухвалених у ній судових рішень [13].

Вважаємо, що в такий спосіб Верховний Суд, який діє від імені держави, фактично визнає своє безсилля щодо охорони конвенційних прав і свобод людини, що категорично неприйнятно для правової держави, у якій діє принцип надійної юридичної захищеності особи. Така позиція Суду, на нашу думку, свідчить не про імплементацію конституційного принципу верховенства права, а про фактичну його підміну уявною «доцільністю» найбільш ефективної організації здійснення правосуддя. Така уявність підтверджується суперечністю вищезгаданої позиції Верховного Суду меті правосуддя, що полягає в захисті прав і свобод людини та їх відновленні в разі порушення.

Як слушно зауважують Л. Трагнюк і О. Сердюк, у деяких рішеннях ЄСПЛ може вказати на окремі заходи індивідуального характеру, яких має вжити держава для виконання рішення Суду. Так, у рішенні «Олександр

Волков проти України» від 9 січня 2013 р. Суд, констатувавши порушення ст. ст. 6 і 8 Конвенції, серед іншого постановив, що Україна має забезпечити якнайшвидше поновлення скаржника на посаді судді ВСУ [14, с. 52]. До такого роду заходів індивідуального характеру також варто віднести і припинення обмежувальних заходів із боку держави, надання дозволу на в'їзд, дострокове звільнення з-під варти чи відбування покарання, скасування рішення про примусове видворення іноземця, зняття арешту з майна тощо.

Аналіз рішень, що ухвалювалися ЄСПЛ у справах проти різних держав-учасниць Конвенції, дозволяє стверджувати, що визначення Міжнародним судом таких «окремих індивідуальних заходів» зумовлюються різними чинниками, серед яких: суспільний резонанс справи, її виняткові обставини; наголошення на них як на найбільш прийнятних для припинення встановленого у справі порушення; необхідність якнайшвидшої реакції держави-відповідача на встановлене порушення; відсутність реального вибору інших індивідуальних заходів, які б виправили порушення прав людини.

Висновки. Зважаючи на вищевикладене, запропонуємо такий концепт правового феномену, що становить предмет дослідження: «заходи індивідуального характеру – це сукупність правових засобів інструментального та технологічного характеру, зовнішнім вираженням яких є дії з боку уповноважених органів державної влади, їх службових та посадових осіб, що вживаються на виконання остаточного рішення ЄСПЛ, у якому констатовано порушення одного або декількох прав та/або свобод конкретної людини (людей), з метою компенсації наслідків встановленого порушення, припинення його тривалої дії, а також відновлення, наскільки це можливо, попереднього юридичного та фактичного стану потерпілої особи».

За своєю юридичною природою: а) вони мають персоніфікований характер; б) вони є компенсаційними та / або правовідновлювальними; в) вони є першими за темпоральною ознакою; г) їх множина складає обсяг.

Наявні заходи індивідуального характеру варто розподілити так:

1) первинні, які: а) вживаються першочергово в разі встановлення Міжнародним судом Ради Європи факту порушення Конвенції; б) знаходять свій вияв у справедливій сатисфакції, що зазвичай становить певну грошову виплату з державного бюджету держави-відповідача, розмір якої точно визначається в резолютивній частині остаточного рішення ЄСПЛ, або обмежуються власне констатацією порушення конвенційних прав; в) устанавлюються ЄСПЛ за умови передбачення внутрішнім національним правом держави-відповідача лише часткової компенсації завданої шкоди; г) спрямовані на компенсацію спричиненої матеріальної та/або моральної шкоди скаржнику з боку держави, а також компенсацію судових та інших витрат; г) вживаються за необхідності та за наявності вимоги їх вжиття у скарзі, що надсилається до ЄСПЛ; д) детально регламентовані чинним національним законодавством щодо етапів, строків і суб'єктів; е) не потребують ініціювання з боку скаржника; ж) вжиття таких заходів із боку дер-

жави дозволяє говорити про виконання остаточного рішення ЄСПЛ у його резолютивній частині (окрім пілотних і квазіпілотних рішень);

2) додаткові (факультативні), що: а) вживаються з метою відновлення стану заявника, який існував до порушення конвенційного права, або з метою припинення обмежувальних заходів із боку держави; б) здійснюються шляхом повторного розгляду справи або поновлення провадження; в) вживаються лише за умови їх ініціювання скаргником перед уповноваженим органом; г) спрямовані на припинення триваючих порушень конвенційних прав і свобод; г) є актуальними за умови, якщо їх вжиття уможлиблює відновлення ситуації в тому вигляді, в якому вона була до порушення прав чи свобод людини; д) передбачені положеннями національного законодавства як на рівні спеціального закону, так і на рівні процесуальних кодексів;

3) інші (окремі), які: а) встановлюються безпосередньо ЄСПЛ під час ухвалення рішення як найбільш прийнятні для припинення встановленого у справі порушення; б) зумовлені суспільним резонансом справи, її винятковими обставинами та нагальною необхідністю; в) потребують якнайшвидшого вжиття з боку держави-відповідача; г) вживаються у зв'язку з відсутністю реального вибору інших індивідуальних заходів, які б виправили порушення конвенційних прав.

Література:

1. Захід. *Академічний тлумачний словник української мови*. 1970–1980. URL: <http://sum.in.ua/s/zakhid>.
2. Захід. *Великий тлумачний словик сучасної української мови (з дод. і допов.)* / уклад. і голов. ред. В. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
3. Меры. *Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений* / С. Ожегов, Н. Шведова. 4-е изд., дополн. Москва : Азбуковник, 1999. 944 с. URL: <http://www.ozhegov.com/words/15648.shtml>.
4. Мера. *Большой толковый словарь современного русского языка* / Д. Ушаков. Москва : Альта-Принт, 2005. VIII. 1239 с.
5. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. Матузова, А. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Юристъ, 2002. 776 с.
6. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2006. № 30. Ст. 260.
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. / *Рада Європи*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
8. Рішення ЄСПЛ у справі «Тимошенко проти України» (заява № 49872/11) від 30 липня 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_924.
9. Рішення ЄСПЛ у справі «Назарчук проти України» (заява № 9670/02) від 19 квітня 2005 р. URL: <https://minjust.gov.ua/m/stattya-6-pravo-na-spravedliviyy-sud>.
10. European Court of Human Rights Judgment in the case of “Papamichalopoulos and Others v. Greece” (Application № 14556/89), 24 June 1993. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57836>.

11. Рекомендація № R (2000) 2 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо повторного розгляду або поновлення провадження у певних справах на національному рівні після прийняття рішень Європейським судом з прав людини»: ухвалено Комітетом міністрів на 694-му засіданні заступників міністрів від 19 січня 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_175.
12. Суддя Великої палати ВС Дмитро Гудима розповів про практику Верховного Суду щодо перегляду судових рішень після ЄСПЛ. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/625223/>.
13. Постанова Великої палати Верховного Суду від 29 березня 2018 р. (мправа № 2–2119/12), провадження № 14–1звц18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73195064>.
14. Теорія та практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: компендіум / О. Сердюк та ін.; за заг. ред. О. Сердюка, І. Яковюка. Харків: Право, 2017. 374 с.

Завгородний В. А. Содержание и объем категории «меры индивидуального характера» в аспекте имплементации решений Европейского суда по правам человека

Аннотация. В статье исследуется категория «меры индивидуального характера» в рамках имплементации решений Международного суда Совета Европы в национальную правовую систему, раскрываются её содержание и объем. По результатам исследования автором предложены понятие и виды исследуемого правового явления, выяснена его юридическая природа, а также особенности таких мер.

Ключевые слова: меры, средства, меры индивидуального характера, первичные меры индивидуального характера, дополнительные меры индивидуального характера, отдельные меры индивидуального характера.

Zavgorodnii V. Content and scope of the category of “individual measures” in the aspect of the implementation of the decisions of the European Court of human rights

Summary. In this article, the author examines the legal category of «measures of an individual character» in the aspect of the implementation of decisions of the International Court of Justice of the Council of Europe into the national legal system; its content and scope are disclosed.

According to the results of the study, it was found that measures of individual character – a set of instrumental and technological means. They are expressed in actions by the authorized bodies of state power, their officials and officials, are used for the execution of the final judgment of the European Court and are carried out in order to compensate for the consequences of the established violation, termination of its prolonged action, as well as restoration of the preliminary legal and actual state of the victim. By their legal nature, they: a) have a personality; b) are compensatory and / or retroactively; c) are the first on the time of conducting. Existing measures of an individual nature should be divided into: 1) primary; 2) additional (optional); 3) other (separate).

Key words: measures, means, measures of individual character, primary measures of individual character, additional measures of individual character, separate measures of individual character.

УДК 341.231.14
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.09>

ЮРИНЕЦЬ Ю. Л.,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри конституційного і адміністративного права
Національного авіаційного університету

МОНІТОРИНГ ПАРЛАМЕНТСЬКОЮ АСАМБЛЕЄЮ РАДИ ЄВРОПИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПЕРЕД РАДОЮ ЄВРОПИ (1995–2012 РОКИ) ТА ЙОГО ЕФЕКТИВНІСТЬ

Анотація. Здійснений історико-правовий аналіз предмета і наслідків моніторингу виконання зобов'язань України перед Радою Європи, які (зобов'язання) під час вступу в цю організацію Україна брала на себе у сфері забезпечення прав людини. Здійснений аналіз свідчить про неможливість у пострадянських країнах побудови «Європи» без участі Європи.

Ключові слова: права людини, Парламентська асамблея Ради Європи (ПАРЄ), Статут Ради Європи, моніторинг, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, скасування смертної кари, свобода самовираження.

Постановка проблеми. Сучасні міжнародні стандарти прав людини закладені Загальною декларацією прав людини, проголошеною Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 10 грудня 1948 р. З метою подальшої імплементації цих стандартів на європейському континенті країни-члени Ради Європи (далі – РЄ) уклали Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод від 4 жовтня 1950 р. (далі – Конвенція). Безпосередньо у Статуті РЄ від 5 травня 1949 р. окремо передбачається, що кожний член РЄ обов'язково повинен визнати принципи верховенства права та здійснення прав людини і основних свобод усіма особами, які перебувають під його юрисдикцією, а також повинен відверто й ефективно співробітничати в досягненні мети Ради (ст. 3 Статуту).

Україна приєдналася до Статуту РЄ на підставі Закону від 31 жовтня 1995 р. № 398/95-ВР. 9 листопада 1995 р. відбулась урочиста церемонія вступу України до РЄ. Став членом РЄ, Україна взяла на себе низку зобов'язань у сфері реформування чинного законодавства на основі норм і стандартів РЄ¹.

¹ URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Рада_Європи.

РЄ стала для України реальним індикатором розвитку демократичних процесів, показником справжньої відповідності її внутрішньої правозастосовчої практики міжнародним правовим стандартам. Однак уже незабаром стало зрозуміло, що українська влада не бажає сумлінно виконувати взяті на себе зобов'язання перед РЄ [1], у зв'язку із чим Парламентська асамблея Ради Європи (далі – ПАРЕ) запровадила моніторинг виконання цих зобов'язань шляхом періодичного заслуховування цього питання на засіданнях Асамблеї. Це був своєрідний тиск на українську владу з метою постійного нагадування про необхідність «грати за правилами». Історико-правовий аналіз предмета і наслідків такого моніторингу є актуальним і на даний момент, оскільки і зараз українська влада не вирізняється показовим дотриманням прав людини. Так, 7 квітня 2016 р. американська газета «Нью-Йорк Таймс» писала², що якби українські лідери «не були настільки жахливими», то у країні не відбулося б двох революцій³. Отже, обрана тема статті є актуальною.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У юридичній науці є відносно невелика кількість робіт, які були б безпосередньо присвячені дослідженням прямого впливу моніторингу органів РЄ на дотримання прав людини [2–6; деякі інші]. Так, Л. Криворучко [2] наголошує на тому, що система забезпечення захисту прав людини в Україні передбачає постійний позитивний вплив із боку міжнародної спільноти завдяки опрацьованим нею демократичним стандартам і повинна відповідати вимогам міжнародних стандартів щодо забезпечення прав людини [2, с. 77].

В. Рожко [3] вказує на необхідність детального вивчення процесу взаємодії в галузі захисту прав людини України та РЄ. Європейський досвід і обмежений міжнародний контроль можуть бути корисні у здійсненні відповідних сприятливих змін [3, с. 52]. Автор розглядає широкий інструментарій РЄ зі впливу на дотримання міжнародних стандартів щодо забезпечення прав людини, однак конкретних результатів впливу на українську ситуацію не досліджує, окрім зауваження, що на підставі рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) Україна змінила Податковий та Сімейний кодекси, в подальшому планує змінити Кримінальний кодекс і Закон про судоустрій [3, с. 55], хоча окремо зауважимо, що так, як Україна змінила Закон про судоустрій у 2016 р., краще б вона його не змінювала [7, с. 30–31].

У статті [4] розглянуто політико-правові аспекти співробітництва України та РЄ здебільшого в аспекті відповідності Конвенції [4, с. 45], зазначено, що Україні ще потрібно узгодити з нормами РЄ низку положень національного законодавства, зокрема продовження реформування судової системи, та проявити більшу активність щодо ратифікації відповідних угод РЄ [4, с. 50]. У публікації [5] простежується позитивний вплив конкретних правових позицій ЄСПЛ на правову ситуацію в Україні.

² URL: https://www.nytimes.com/2016/04/08/opinion/the-west-is-enabling-graft-in-ukraine.html?_r=0.

³ У першоджерелі: “If Ukrainian leaders had not been so dire, perhaps there wouldn't have been a revolution, let alone two”.

Метою статті є здійснення історико-правового аналізу процесу моніторингу виконання зобов'язань України перед РЄ у сфері забезпечення прав людини, з'ясування причин труднощів у виконанні вказаних зобов'язань, узагальнення впливу такого моніторингу на правову ситуацію в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Історико-правові та культурно-правові дослідження свідчать про те, що український народ ментально й електорально належить до західного цивілізаційного типу [6 та ін.]. В. Забігайло наголошував на європейському менталітеті українців, який відповідає європейському цивілізаційному вибору [8, с. 232]. Відомий грузинський реформатор проф. К. Бендукідзе стверджував, що «питати, чи має Україна стосунок до Європи, все одно, що запитувати, чи мають євреї стосунок до Ізраїлю. Європа – будинок України»⁴.

Водночас рух України у Європу дуже слабо проявлявся і проявляється на державному рівні. Основною причиною цього є збереження старої моделі управління – наслідку російської та радянської спадщини [8, с. 235]. Як слушно зазначає Ю. Тишкун, саме номенклатура Радянського Союзу стала соціально-політичною основою формування сучасної української бюрократії – постноменклатурної [9, с. 10]. Провідна роль постноменклатурного чиновництва у владі зумовила консервацію радянських принципів відбору кадрів, звичок і традицій, наслідком чого є відчуження бюрократії від суспільства [9, с. 11]. Зазначимо, що ПАРЄ прямо вказувала на те, що органи влади України, зокрема Верховна Рада України (далі – ВРУ), значною мірою несуть відповідальність за недотримання Україною зобов'язань, узятих під час вступу до РЄ [10]. Основний зміст резолюцій ПАРЄ, ухвалених у процесі моніторингу щодо виконання / невиконання зобов'язань України перед РЄ, наведений у таблиці.

Комплексний і узагальнений аналіз цих резолюцій у їх послідовності та наполегливості авторів свідчить про те, що українські реформи буквально протискалися європейськими інституціями, зокрема ПАРЄ, попри явний опір української влади всіх «кольорів». Не бажаючи сумлінно виконувати свої зобов'язання з європеїзації українського публічного управління, українська влада договорилася до радянської риторики, назвавши візити співдоповідачів Моніторингового комітету «втручанням у внутрішні справи України» [18], що викликало роздратування та «глибокий жаль» в авторів резолюції та нагадування про те, що Україна добровільно взяла на себе зобов'язання, що випливають з її членства відповідно до Статуту РЄ [18; 19]. І хоча в окремих резолюціях відзначалися позитивні досягнення України з виконання зобов'язань перед РЄ [14; 15; 19; 22], однак ці «досягнення» відбувалися із значним запізненням. Наприклад, у резолюції [22], пункт 1, ідеться про «задоволення» Асамблеї від «виконання ще невиконаних вступних зобов'язань», однак не варто забувати, що це «задоволення» висловлюється на 17-му році від моменту вступу України в РЄ.

⁴ https://gordonua.com/interview/tv_full/kaha-bendukidze-dmitriyu-gordonu-priezzhayte-na-moi-pohorony-budete-rech-proiznosit-51377.html

Таблиця 1

Зміст резолюцій ПАРЕ

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[11]	1995 р.	У контексті запевнень вищих органів влади (лист Президента України, голови Верховної Ради України, прем'єр-міністра України від 27 червня 1995 р.) та на основі того, що Асамблея вважає, що, відповідно до ст. 4 Статуту РЄ, Україна здатна і бажає виконувати обов'язки члена РЄ, наведені у ст. 3 <...>, Асамблея рекомендує Комітету міністрів: а) запросити Україну стати членом Ради Європи; б) надати Україні 12 місць у Парламентській Асамблеї.
[10]	1999 р.	<p>3. Асамблея висловлює жаль, що у перехідний період між тоталітарною та демократичною державою Україна не досягла чіткого розподілу між судовою, законодавчою та виконавчою владами. Існує постійний контроль виконавчої влади і рішучість добиватися й утримувати політичну владу, іноді незаконно <...>.</p> <p>8. Що стосується смертної кари, Україна, вочевидь, не виконала свої зобов'язання (відповідно до офіційних джерел, 212 осіб страчені за період між 9 листопада 1995 р. та 11 березня 1997 р.). Водночас Асамблея зазначає, що з 11 березня 1997 р. в Україні введений фактичний мораторій на виконання смертних вироків. Асамблея наполягає на підтвердженні мораторію де-юре. Верховна Рада повинна ратифікувати Протокол № 6 до Конвенції пріоритетним порядком <...>. На даний час строк виконання зобов'язання (9 листопада 1995 р.) вичерпаний.</p> <p>10. Державні засоби масової інформації повинні розвивати нейтральну та незалежну редакторську лінію, та, у разі започаткування будь-якого судового процесу проти опозиційних засобів масової інформації, він має відбуватися з неухильним дотриманням процедури, без примусу засобу масової інформації, стосовно якого провадиться слідство, до закриття.</p> <p>14. Асамблея вважає, що органи влади України, зокрема Верховна Рада України, значною мірою несуть відповідальність за недотримання Україною зобов'язань, узятих під час вступу до Ради Європи, зокрема тих, які стосуються ухвалення протягом одного року після вступу: рамкового документа про правову політику України у сфері захисту прав людини; рамкового документа про правову та судову реформи; нового Кримінального кодексу та нового Кримінального процесуального кодексу; нового Цивільного кодексу та нового Цивільного процесуального кодексу; нового закону про політичні партії, хоча новий Закон України «Про вибори народних депутатів України» уже схвалений.</p> <p>15. <...> Це є обґрунтуванням для ухвалення Асамблеєю в разі нездійснення до відкриття червеної частини сесії 1999 р. значного прогресу у виконанні цих зобов'язань рішення: і. Анулювати повноваження української парламентської делегації відповідно до правила 6 Правил процедури до того часу, поки ці зобов'язання не будуть повністю виконані; іі. Рекомендувати Комітету міністрів розпочати процедуру припинення права України бути представленою, відповідно до статті 8 Статуту РЄ.</p>

Продовження таблиці 1

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[12]	1999 р.	<p>Асамблея посиляється на свою резолюцію № 1179 [10] щодо дотримання Україною зобов'язань, ухвалену 27 січня 1999 р., у якій вона «вважає, що органи влади України, зокрема Верховна Рада України, значною мірою несуть відповідальність за недотримання Україною зобов'язань, взятих під час вступу до РЄ».</p> <p>2. Асамблеєю робиться висновок на основі доповіді, представленої на її розгляд Комітетом із питань моніторингу, що до 20 травня 1999 р. не досягнуто суттєвого прогресу у вищезгаданих сферах. Однак Асамблея бере до уваги той факт, що 14 травня 1999 р. голова Верховної Ради України надіслав відповідним парламентським комітетам доручення щодо кроків, які мають бути вжиті з метою виконання певних зобов'язань України.</p> <p>5. <...> Асамблея вважає, що багато ще залишається зробити, як щодо узгодження українського законодавства з європейськими стандартами, так і для забезпечення того, щоб органи влади України дотримувалися цих принципів у своїй практичній роботі, а також у забезпеченні верховенства права, якого потребують наявні факти невиконання судових рішень.</p> <p><...> Асамблея вирішує, що було б доцільно розпочати на першій частині сесії 2000 р., відповідно до правила 6 Правил процедури, процедуру, яка має на меті призупинення прав української парламентської делегації, можливості брати участь у виробленні офіційних документів, відповідно до правила 23 Правил процедури, виконувати, свої обов'язки та голосувати в Асамблеї та її органах, водночас забезпечуючи її членам право відвідувати та виступати на частинах сесій Асамблеї та засіданнях її органів, якщо не відбудуться подальші зміни, які можна вважати суттєвим прогресом, відповідно до резолюції № 1179 від 27 січня 1999 р.</p> <p>Асамблея вирішує передати цю резолюцію до Європейського парламенту, Європейської комісії, Організації з безпеки і співробітництва в Європі, Європейського банку реконструкції та розвитку, Світового банку, Міжнародного валютного фонду, Конгресу місцевих та регіональних влад Європи та Фонду соціального розвитку (з огляду на соціальну й економічну реінтеграцію кримських татар), запрошує їх взяти до уваги її положення під час співробітництва з Україною з метою надання допомоги країні у подоланні вищезгаданих проблем.</p>
[13]	2000 р.	<p>7. <...> Асамблея рекомендує Комітету міністрів: і. Інтенсифікувати діалог з інститутами Європейського Союзу і міжнародними організаціями, які надають активну допомогу кримським татарам.</p>
[14]	2001 р.	<p>1. Хоча Асамблея відає належне різним заходам, яких упродовж останніх десяти років уживає Україна для забезпечення основних прав людини і свобод, зокрема в галузі свободи вираження поглядів та переконань, вона стурбована залькуванням, неодноразовими проявами нападів та вбивствами журналістів в Україні, постійним зловживанням владою з боку компетентних органів влади в Україні стосовно свободи вираження поглядів та переконань.</p>

Продовження таблиці 1

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[14]	2001 р.	<p>2. Заходи, що вживаються українськими органами влади та Верховною Радою (парламентом) щодо розслідування зникнення журналіста Георгія Гонгадзе, їхні зусилля з метою належним чином оцінити дії всіх, хто причетний до цього, слід вважати своєрідною перевіркою свободи вираження поглядів та переконань і функціонування парламентської демократії в Україні. Асамблея висловлює занепокоєння щодо затгування розгляду цієї справи Генпрокуратурою України. Різні результати розслідування, що проводилося Генпрокуратурою та Тимчасовою слідчою комісією Верховної Ради, спричинили кризи довіри між виконавчою владою та парламентом.</p> <p>5. Асамблея звертається до відповідних органів влади України і з метою вдосконалення загальної структури, у межах якої функціонують засоби масової інформації, та з подальшою метою створення підґрунтя для стабільної і необоротної демократизації в галузі засобів масової інформації пропонує забезпечити: невідкладне і прозоре розслідування усіх випадків насильства і смерті журналістів; негайне скасування положень і практики, що дозволяє позасудове закриття засобів масової інформації та припинення трансляції; ухвалення без будь-яких зволікань змін до законодавства стосовно штрафів чи відшкодування за наклеп та декриміналізації наклепу; унесення змін до закону про Раду з питань національного телебачення та радіо відповідно до експертного висновку, наданого РЄ; створення рівних умов для функціонування всіх засобів масової інформації шляхом внесення змін до акта 1997 р. про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів; припинення практики тиску на засоби масової інформації через важелі друкування та поширення; сприяння громадським засобам мовлення; ратифікацію Європейської конвенції про транскордонне телебачення.</p>
[15]	2001 р.	<p>2. Незважаючи на декілька позитивних заходів, здійснених українськими органами влади, особливо ратифікацію протоколу від 28 квітня 1983 р. № 6 до ЄКПЛ рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. про неконституційність смертної кари, Асамблея вважає, що Президент, уряд і парламент (Верховна Рада) не змогли виконати обов'язки і зобов'язання України як країни-члена РЄ.</p> <p>4. Асамблея стурбована вбивствами, неодноразовими нападами та безперервним залякуванням журналістів, парламентарів та опозиційних політиків в Україні, частими та серйозними зловживаннями з боку українських органів виконавчої влади стосовно свободи слова та зборів. Необхідне припинення практики тиску на засоби масової інформації через створення перешкод під час друкування та розповсюдження.</p> <p>5. Асамблея закликає українські органи влади, особливо Президента, покінчити із практикою залякування і репресій опозиційних політиків і незалежної преси, ужити всіх необхідних заходів із метою припинення нападів і погроз на адресу журналістів та інших представників засобів масової інформації. Вона знову закликає відповідні органи української влади вдосконалити загальні умови роботи засобів масової інформації.</p>

Продовження таблиці 1

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[16]	2001 р.	<p>1. Асамблея посилається на свої резолюції № 1179 (1999) [10], 1194 (1999) [12], 1239 (2001) [14], особливо на резолюцію № 1244 (2001) [15] про дотримання обов'язків та зобов'язань Україною, ухвалену Асамблеєю 26 квітня 2001 р.</p> <p>8. Асамблея зазначає нещодавні кроки України, спрямовані на захист журналістів, зокрема суворіші покарання проти засуджених за залякування та/або переслідування журналістів у новому Кримінальному кодексі. Водночас Асамблея засуджує різноманітні випадки агресії, залякування і навіть убивств журналістів в Україні. Хоча також відзначає нещодавні заходи, ужиті Україною з метою поліпшення загального клімату для свободи преси, зокрема заборону поза-судового закриття органів засобів масової інформації, декриміналізацію наклепу, створення спеціальної президентської ради з питань політики щодо засобів масової інформації. Асамблея закликає органи влади України продовжити вдосконалення правових меж для засобів масової інформації та безпеки і умов діяльності журналістів, як це записано в пункті 5 резолюції № 1244 (2001).</p>
[17]	2003 р.	<p>1. Парламентська асамблея посилається на свої резолюції № 1179 (1999) [10], 1194 (1999) [12], 1239 (2001) [14], 1244 (2001) [15], зокрема на резолюцію № 1262 (2001) [16] щодо виконання Україною обов'язків та зобов'язань, яка була затверджена Асамблеєю 27 вересня 2001 р.</p> <p>3. Що стосується решти зобов'язань у сфері національного законодавства та здійснення реформ, Асамблея закликає органи влади України продовжувати свої зусилля, а також зміцнювати співробітництво з РЄ для забезпечення повної відповідності українського законодавства та практики правозастосування принципам і стандартам Організації, переслідим стандартам, гарантованим Конвенцією, а також повної відповідності рішенням ЄСПЛ щодо індивідуальних та загальних заходів, яких може вимагати Комітет міністрів.</p> <p>5. Асамблея <...> висловлює своє глибоке занепокоєння щодо повільного поступу української влади в запровадженні принципів і стандартів Ради Європи, підтвердженням чого є <...> численні випадки переслідування Генпрокуратурою та Вищою радою юстиції тих суддів, які намагаються ухвалювати рішення відповідно до закону.</p> <p>6. Відповідно до цього Асамблея настійливо спонукає органи державної влади України <...> забезпечити повне дотримання верховенства права органами державної влади, зміцнити незалежність суддів від органів державної виконавчої влади та відновити довіру громадян до судової системи загалом.</p> <p>11. Асамблея засуджує дуже високий рівень випадків насильства щодо журналістів (найвідоміші з них – вбивства Георгія Гонгадзе у 2000 р. та Ігоря Александрова у 2001 р.) і низький процент розкриття таких злочинів. Вона також стурбована постійним зловживанням повноваженнями, зокрема у регіонах, з боку податкових, регуляторних і правоохоронних органів із метою залякування опозиційних засобів масової інформації. Вона ще раз нагадує українським органам влади про її заклик проводити свою політику щодо засобів масової інформації в такий спосіб, який переконливо демонструватиме повагу до свободи вираження поглядів і переконань у країні. У цьому зв'язку вона також закликає органи влади України забезпечити опозицію справедливим доступом до національних і регіональних телевізійних каналів, що перебувають у державній власності.</p>

Продовження таблиці 1

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[17]	2003 р.	<p>16. У світлі вищезазначеного Асамблея доходить висновку, що, хоча із часу ухвалення Асамблеєю резолюції № 1262 (2001) [16] Україна досягла помітного прогресу у сфері законодавства, Україна ще не виконала всіх своїх обов'язків та зобов'язань як держава-член РЄ, у багатьох сферах верховенство права ще не цілком установлене. Тому Асамблея ухвалює рішення продовжувати процедуру моніторингу щодо України в тісній співпраці з українською делегацією.</p>
[18]	2004 р.	<p>1. Асамблея глибоко стурбована останніми подіями у Верховній Раді України, пов'язаними з розглядом законопроектів щодо внесення змін до Конституції України, і в цьому зв'язку посилається на свої резолюції № 1179 (1999) [10], 1239 (2001) [14], 1244 (2001) [15], 1346 (2003) [17] та, зокрема, на Рекомендацію 1451 (2000) щодо інституційної реформи в Україні. Вона зазначає, що нещодавно ініційовано процедуру, яка не відповідає Регламенту Верховної Ради та статті 19 Конституції України.</p> <p>2. Асамблея висловлює глибокий жаль через те, що органи державної влади України, зокрема Президент України та Міністерство закордонних справ, розглядають діяльність РЄ, а саме процедуру моніторингу Асамблеї, візити співдодатків Моніторингового комітету та їхні заяви, як «втручання у внутрішні справи України». У цьому зв'язку вона нагадує, що Україна добровільно взяла на себе зобов'язання, що випливають з її членства відповідно до Статуту Ради Європи. Отже, Асамблея вважає таку позицію органів державної влади України безпідставною та невиправданною.</p>
[19]	2005 р.	<p>1. Україна приєдналася до Ради Європи 9 листопада 1995 р. Під час вступу вона зобов'язалась дотримуватися своїх загальних обов'язків згідно зі Статутом Ради Європи, а саме плюралістичної демократії, верховенства права та захисту прав людини і основних свобод усіх осіб під її юрисдикцією. Тоді Україна також погодилася виконати, у визначені терміни, низку спеціальних зобов'язань, перелічених у Висновку Парламентської Асамблеї.</p> <p>6. Парламентська Асамблея рада відзначити, що з того часу Україна досягла суттєвого прогресу:</p> <p>6.2. Кодекс адміністративного судочинства України ухвалений у липні 2005 р. та введений у дію 1 вересня 2005 р., що робить можливим функціонування адміністративних судів <...>.</p> <p>7. Парламентська Асамблея також схвалює нову владу за припинення раніше поширеної практики цензурування засобів масової інформації та за забезпечення свободи слова і свободи зібрань у країні. Нове керівництво також зобов'язалося боротись з корупцією та з торгівлею людьми, а також вирішити проблему катувань та поганого поводження.</p> <p>11. Вітаючи масштабний план реформ нової влади, Парламентська Асамблея вважає, що нижченаведені конкретні кроки є необхідними для пришвидшення реформ, які перетворять Україну на стабільну та замкнутий європейську демократію.</p> <p>15. Виходячи з вищезазначеного, Парламентська Асамблея вирішує продовжувати свій моніторинг виконання обов'язків і зобов'язань Україною та повернутися до оцінки виконання Україною своїх обов'язків і зобов'язань, а також розглянути можливість переходу до постмоніторингового діалогу з українською владою, після парламентських і місцевих виборів у березні 2006 р.</p>

Продовження таблиці 1

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[20]	2007 р.	<p>17. Асамблея закликає Генерального секретаря Ради Європи вжити пріоритетним порядком усіх належних заходів, відповідно до його компетенції, щоби сприяти врегулюванню політичної кризи в Україні. Асамблея також вважає, що діяльність, пов'язана із Планом дій Європейського Союзу щодо співпраці з Україною, має бути посилена з метою досягнення помітного зміцнення демократичних інституцій в Україні. Асамблея просить Венеціанську комісію надати свій висновок стосовно наявної законодавчої бази щодо дострокових парламентських виборів в Україні та щодо можливих шляхів поліпшення виборчого законодавства на засадах європейської практики.</p>
[21]	2010 р.	<p>3. Беручи до уваги занепокоєння, висловлене щодо концентрації влади новою владою в Україні, Асамблея вважає, що консолідація влади новоствореною адміністрацією, якщо вона досягається за допомогою демократичних процедур, є зрозумілою та в багатьох випадках навіть бажаною, проте застерігає, що така консолідація не повинна призвести до монополізації влади однією політичною силою, оскільки це підірвало б демократичний розвиток країни.</p> <p>4. Асамблея тепло вітає наданий пріоритет та продемонстровану політичну волю влади щодо виконання Україною решти зобов'язань перед Радою Європи, узятих під час вступу. Асамблея пропонує українській владі свою повну підтримку в її зусиллях щодо запровадження амбіційного та далекосяжного пакету реформ, необхідних для виконання Україною взятих під час вступу до Ради Європи зобов'язань та обов'язків, що випливають із членства.</p> <p>11. Збільшення поваги до демократичних свобод і прав було одним із головних досягнень демократичного розвитку України впродовж останніх років. Будь-який репрес у додержанні або захисті цих прав буде неприйнятним для Асамблеї.</p> <p>12. Асамблея висловлює занепокоєння щодо все більшої кількості заяв та достовірних повідомлень про утиски в останні місяці демократичних прав та свобод, як-от свобода зборів, свобода вираження поглядів та свобода засобів масової інформації. Асамблея вважає, що втручання державних органів, зокрема правоохоронних органів та Служби безпеки, у роботу журналістів та медіаорганізацій є несумісним із демократичним суспільством.</p> <p>13. Свобода і плюралізм засобів масової інформації є наріжними каменями демократії. Тому Асамблея глибоко стурбована останніми подіями, які можуть підірвати ці принципи. Вона закликає владу вжити всіх необхідних заходів для захисту свободи та плюралізму засобів масової інформації в Україні, а також утриматися від будь-яких спроб контролювати, прямо чи опосередковано, зміст новин загальнонаціональних засобів масової інформації.</p>

Закінчення таблиці 1

Джерело	Рік ухвалення	Основний зміст
[22]	2012 р.	<p>1. Асамблея вітає тривале співробітництво з українським урядом у межах моніторингової процедури Асамблеї. Вона із задоволенням відзначає, що урядом здійснено низку важливих кроків для виконання ще невиконаних вступних зобов'язань, зокрема з боротьби з корупцією <...>. Водночас Асамблея висловлює жаль через те, що судове переслідування колишніх урядових лідерів в Україні негативно впливає на тіснішу європейську інтеграцію країни.</p> <p>5. На думку Асамблеї, ці недоліки (судових процесів) є наслідком системних проблем судової системи України. Ці проблеми не є чимось новим, уже давно викликають занепокоєння Асамблеї, будучи пов'язаними, серед іншого, з відсутністю незалежності судової системи, надмірним застосуванням і тривалістю попереднього ув'язнення, відсутністю рівності сторін обвинувачення та захисту в судових процесах, а також неадекватною юридичною аргументацією обвинувачення та судів вофіційних документах і рішеннях.</p> <p><...> Асамблея:</p> <p>6.2. Уважає, що поточна процедура призначення суддів підтримує незалежність усієї судової системи. Вона закликає владу скасувати або хоча б скоротити п'ятирічний випробувальний термін для суддів і усунути Верховну Раду від процесу призначення.</p> <p>6.3. Уважає, що під час випробувального терміну судді не повинні розглядати резонансні з політичного погляду або складні справи.</p> <p>6.6. Висловлює занепокоєння через численні достовірні повідомлення про ініціювання дисциплінарних заходів та звільнення суддів Вищою радою юстиції на базі скарг від прокуратури, оскільки згадані судді ухвалили рішення, які суперечили думкам прокуратури, у конкретній судовій справі. Така практика несумісна із принципом верховенства права і повинна бути припинена негайно.</p> <p>7.1. Асамблея висловлює стурбованість надмірним застосуванням попереднього ув'язнення в українській системі правосуддя, часто без належного обґрунтування або підстав.</p> <p>8.1. Асамблея із тривогою звертає увагу на упередженість на користь звинувачення, притаманну всій судовій системі України.</p> <p>9. Що стосується системних недоліків судової системи, то Асамблея висловлює жаль через те, що Україна не реформувала прокуратуру відповідно до норм Ради Європи, тоді як ця реформа є одним із зобов'язань, прийнятих державою під час її вступу. Унаслідок цього прокуратура залишається інституцією надзвичайно сильно централізованою, має надмірні повноваження.</p> <p>14. Асамблея вітає систематичні звернення влади за висновками Венеціанської комісії щодо проєктів законів, які нею готуються. Однак вона звертає увагу на те, що в деяких випадках проєкти законів, за якими просили надати висновки, пізніше відкликані, а рекомендації Венеціанської комісії не взято до уваги <...>.</p>

Отже, як слушно визнає Президент України (1991–1994 рр.) Л. Кравчук, тиск західних партнерів на Україну з метою прискорення реформ – позитивне явище, оскільки суспільство через його неоднорідність із такою місією не впорається [23]. Політичний аналітик Т. Загородній зазначає, що Україна здійснює демократичні реформи «під палкою Заходу»⁵.

Серед проблем українського політичного і правового будівництва, які зазначалися у процесі моніторингу з боку ПАРЄ, виділимо, зокрема, такі:

а) скасування смертної кари. ПАРЄ поверталася до цієї теми неодноразово [10; 15]. Строк виконання цього зобов'язання України сплив 9 листопада 1995 р. Тільки 29 грудня 1999 р. Конституційний Суд України (далі – КСУ) ухвалив рішення про неконституційність смертної кари, що ПАРЄ визнала належною імплементацією протоколу № 6 до Конвенції, а остаточно смертна кара як вид покарання вилучена із правового поля України ухваленням нового Кримінального кодексу України 5 квітня 2001 р. (набрав чинності 1 вересня 2001 р.). Отже, цьому прориву Україна повинна завдячувати виключно Раді Європи;

б) проблеми забезпечення незалежності судової системи. До цієї теми ПАРЄ зверталася неодноразово [10; 17; 22]. Навіть більше, уже у 2012 р. ПАРЄ звертала увагу на системні проблеми судової системи України. Ці проблеми, як зазначено в резолюції, не є чимось новим, уже давно непокоїть Асамблею, будучи пов'язаними, серед іншого, з відсутністю незалежності судової системи [22]. Варто зазначити, що у процесі конституційної судової реформи 2016 р. вже постмайданна влада спробувала радикально вирішити деякі проблеми, наприклад, скасовано «випробувальний строк» для суддів 5 років, обмежений вплив виконавчої влади під час формування Вищої ради правосуддя тощо. Однак, на думку спеціалістів, неприпустимого розмаху позапроцесуальне втручання у здійснення правосуддя набуло саме в постмайданній владі [24, с. 86–87];

в) здійснення комплексної правової реформи. У 1999 р. ПАРЄ звертає увагу на те [10], що Україна не виконала свого зобов'язання щодо ухвалення протягом одного року після вступу до РЄ: рамкового документа про правову політику України у сфері захисту прав людини; рамкового документа про правову та судову реформи; нового Кримінального кодексу (далі – КК) та нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК); нового Цивільного кодексу (далі – ЦК) та нового Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК); нового закону про політичні партії (це зобов'язання України зазначене в п'ятому пункті 12 Висновку № 190 ПАРЄ, див. також публікацію [1]). Фактично новий КК ухвалено, як зазначено вище, у 2001 р., новий КПК – тільки у 2012 р., новий ЦК – у 2003 р., новий ЦПК – у 2004 р. Сюди ж як позитивний результат тиску з боку РЄ варто віднести ухвалення Кодексу адміністративного судочинства України (2005 р.), що позитивно відзначено в резолюції [19] і відкрило можливості для роботи адміністративних судів. Отже, ухва-

⁵ URL: <http://hvylyya.net/news/digest/savchenko-sposobna-snesti-nyineshniy-politikum-zagorodniy.html>.

ленню сучасних процесуальних судових кодексів Україна також має завдячувати моніторингу з боку РЄ;

г) захист засобів масової інформації (далі – ЗМІ) та журналістів. До цієї проблеми ПАРЄ зверталася найчастіше [10; 14–17; 19; 21]. Зокрема, ПАРЄ наголошувала на невирішеності проблем і неприпустимості нападів на журналістів і вбивств в Україні, на постійному зловживанні владою з боку компетентних органів влади в державі стосовно свободи вираження поглядів та переконань [14]. Зазначала, що втручання державних органів, зокрема правоохоронних органів та Служби безпеки, у роботу журналістів і медіаорганізацій несумісне з демократичним суспільством [21]. Проте ПАРЄ віддавала належне елементам поліпшення загального клімату для свободи преси, серед яких заборона позасудового закриття ЗМІ, декриміналізація клепту, створення спеціальної президентської ради з питань політики щодо ЗМІ, запровадження заходів соціального захисту журналістів тощо [16]. Варто пригадати, що в «європейській» Україні початку 2000-х рр. було можливим засудження журналіста до 2 років позбавлення волі (!) за критику прем'єр-міністра (див. рішення ЄСПЛ від 10 серпня 2006 р. у справі «Ляшко проти України»). І хоча на даний момент не всі питання захисту журналістів в Україні вирішено бездоганно, але є підстави вважати, що до засудження журналістів за критику влади Україна вже не повернеться, також завдяки тиску Європи.

Висновки. Уперше здійснений комплексний історико-правовий аналіз предмета і результатів моніторингу виконання зобов'язань України перед РЄ у сфері забезпечення прав людини. Цей досвід свідчить про те, що більшістю демократичних перетворень Україна має завдячувати участі західних партнерів, а також про неможливість запровадження в пострадянських країнах сучасних демократичних правових систем і відносин без участі країн і організацій з усталеними цивілізаційними принципами західного типу. Тому, зокрема, є недоречними жарти на кшталт «вашингтонського обкому» тощо.

Література:

1. Павличенко О. Україна в Раді Європи: здобутки, перспективи, проблеми. Права Людини в Україні. *Інформаційний портал Харківської правозахисної групи*. 29 грудня 1999. URL: <http://khp.org/index.php?id=946482406>.
2. Криворучко Л. Актуальні питання моніторингу дотримання прав людини в Україні. *Правничий вісник Університету «КРОК»*. 2013. Вип. 17. С. 72–78.
3. Рожко В. Рада Європи і захист прав людини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2015. Вип. 4. С. 51–64.
4. Василенко С. Україна та Рада Європи: деякі аспекти співробітництва. *Науковий вісник Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки. Міжнародні відносини*. 2013. № 9. С. 45–51.
5. Белкін М. Вплив рішень Європейського Суду з прав людини на удосконалення національного права України. *Адаптація правової системи України до права*

- Європейського Союзу: теоретичні та практичні аспекти* : матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Полтава, 23 листопада 2017 р. : у 2 ч. Полтава : Россав, 2017. Ч. 1. С. 199–201.
6. Iurynets Julia, Belkin Leonid, Belkin Mark. Europeanization of Ukraine's administrative right in the context of reform: actual problems of implementation and education. *Association Agreement: driving integrational changes* : Monograph. Accent Graphics Communications. Chicago, Illinois, USA. 2019. P. 276–293.
 7. Белкін Л. Закон «Про судоустрій і статус суддів» – 2016. Навіщо це затівалося? *Юридична газета*. 2016. № 39 (537). С. 30–31.
 8. Забігайло В. Європейське право: міфічний постулат чи об'єктивний орієнтир розвитку законодавства України. *Європейське право*. 2012. № 1. С. 232–236.
 9. Тишкун Ю. Інституціоналізація громадянського суспільства в Україні як чинник раціоналізації державної бюрократії : автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02. Львів, 2009. 19 с.
 10. Дотримання Україною зобов'язань : резолюція 1179 (1999) ПАРЄ від 27 січня 1999 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_595.
 11. Рекомендація ПАРЄ щодо вступу України, 26 вересня 1995 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_589.
 12. Виконання Україною зобов'язань : резолюція 1194 (1999) ПАРЄ від 22 червня 1999 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_597.
 13. Репатріація та інтеграція кримських татар : Рекомендація 1455 (2000) ПАРЄ від 5 квітня 2000 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_600.
 14. Свобода вираження поглядів та переконань і функціонування парламентської демократії в Україні : резолюція 1239 (2001) ПАРЄ від 25 січня 2001 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_601.
 15. Виконання обов'язків і зобов'язань, взятих Україною при вступі до Організації : резолюція 1244 (2001) ПАРЄ від 26 квітня 2001 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_603.
 16. Резолюція 1262 ПАРЄ щодо дотримання обов'язків та зобов'язань Україною, 27 вересня 2001 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_156.
 17. Виконання обов'язків та зобов'язань Україною : резолюція 1346 (2003) ПАРЄ від 29 вересня 2003 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_608.
 18. Політична криза в Україні : резолюція 1364 (2004) ПАРЄ від 29 січня 2004 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_610.
 19. Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною : резолюція 1466 (2005) ПАРЄ від 5 жовтня 2005 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_611.
 20. Функціонування демократичних інституцій в Україні : резолюція 1549 (2007) ПАРЄ від 19 квітня 2007 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_760.
 21. Функціонування демократичних інституцій в Україні : резолюція 1755 (2010) ПАРЄ від 4 жовтня 2010 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a19.
 22. Функціонування демократичних інституцій в Україні : резолюція 1862 (2012) ПАРЄ від 26 січня 2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a57.
 23. Кравчук рассказал о цене давления Запада на Украину. *Обозреватель*. 02.12.2015. URL: <http://obozrevatel.com/politics/10325-kravchuk-rasskazal-o-tsene-davleniya-zapada-na-ukrainu.htm>.
 24. Белкін Л. Судівництво в Україні: генеза сучасногостану справ у контексті ненаданого публічного управління. *Судова апеляція*. 2017. № 2 (47). С. 80–89.

Юринец Ю. Л. Мониторинг Парламентской ассамблеи Совета Европы утверждения международных стандартов прав человека как выполнения обязательств перед Советом Европы (1995–2012 годы) и его эффективность

Аннотация. Проведен историко-правовой анализ предмета и последствий мониторинга выполнения Украиной обязательств перед Советом Европы, которые (обязательства) Украина брала на себя при вступлении в эту организацию в сфере обеспечения прав человека. Проведенный анализ свидетельствует о невозможности в постсоветских странах построения «Европы» без участия Европы.

Ключевые слова: права человека, Парламентская ассамблея Совета Европы (ПАСЕ), Устав Совета Европы, мониторинг, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, отмена смертной казни, свобода самовыражения.

Iurynets Y. Parliamentary Assembly of the Council of Europe monitoring of the approval of international human rights standards as the fulfillment of obligations to the Council of Europe (1995–2012) and its effectiveness

Summary. A historical and legal analysis was made of the subject and consequences of monitoring the fulfillment of Ukraine's obligations to the Council of Europe, which (obligations) Ukraine took upon it self when it joined the organization in the field of human rights. It is shown that against the background of constant resistance of the Ukrainian authorities to the effective implementation of democratic "rules of the game" of the Western type, progress in this area was achieved due to constant pressure from the Council of Europe, in particular, on the monitoring procedure from the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, with constant reminder about the need to "play by the rules". The course and monitoring results in the following are as are considered: abolition of the death penalty; the achievement of the independence of the judiciary from the interference of the executive branch; fight against corruption; slow process of legislative reforms (adoption of new criminal and criminal-procedural codes; new civil and civil procedure codes; new law on political parties); termination of torture; illegal interference of the authorities in the activities of mass media and pressure on journalists, etc. The analysis shows that in the post-Soviet countries it is impossible to build a "Europe" without the participation of Europe.

Key words: human rights, Parliamentary Assembly of Council of Europe (PACE), Statute of Council of Europe, monitoring, Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, abolition of death penalty, freedom of expression.

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 341.983
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.10>

ДЕВ'ЯТКІНА М. С.,
аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ: УМОВИ ТА ПРИНЦИПИ

Анотація. У статті визначено принципи й умови вжиття забезпечувальних заходів у межах міжнародного комерційного арбітражу. Також у статті обґрунтовано необхідність установлення чітких умов і принципів для винесення таких ухвал. У процесі аналізу принципів і умов встановлено проблемні аспекти, які наявні в механізмі забезпечувальних заходів у межах міжнародного комерційного арбітражу. Розкрито підходи до вирішення цих питань.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, забезпечувальні заходи, принципи права, надзвичайний арбітр.

Постановка проблеми. Сьогодні учасники міжнародної торгівлі, укладаючи між собою контракти, часто визначають, що будь-які спори, які виникають із цих контрактів, підлягають урегулюванню в міжнародному комерційному арбітражі. Це призводить до того, що з року в рік в арбітражних установах, що постійно діють, спостерігається зростання поданих на розгляд справ. До або під час арбітражного процесу у сторін часто з'являється потреба звернутися до засобів забезпечення, але нині принципи й умови винесення таких заходів різняться від справи до справи. Отже, постає потреба встановлення чітких принципів винесення ухвал про забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню принципів винесення ухвал про забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі присвячено низку наукових досліджень як вітчизняних, так і іноземних учених. У вітчизняній науці вивченню питання забезпечувальних заходів присвячені праці Г. Прусенко, серед робіт якої є стаття, присвячена принципам винесення ухвал про забезпечувальні заходи. Але у статті Г. Прусенко не розкрито проблемні питання, пов'язані з визначенням таких принципів, яким приділяється значна увага в даній статті. У працях іноземних учених значна увага приділяється не принципам, а умовам винесення ухвал про забезпечувальні заходи. Серед публікацій закордонних науковців на окрему увагу заслуговують праці К. Хобера, Абаскала та Франца Т. Шварца.

Мета статті полягає в розробленні чітких принципів для винесення ухвал про забезпечувальні заходи міжнародним комерційним арбітражем і в наданні тлумачення кожного із цих принципів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Оскільки арбітраж має договірну природу, то сторони спору можуть в арбітражній угоді чітко прописати повноваження арбітражу вживати забезпечувальних заходів і прописувати умови їх вжиття. Якщо сторони у своїй арбітражній угоді чітко не визначили, що арбітраж може вживати забезпечувальних заходів, то такі повноваження надаються арбітражу з огляду на обраний сторонами *lex arbitri* чи за регламентом арбітражної установи.

У Типовому законі ЮНСІТРАЛ 2006 р. [1] і в Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ 2010 р. [2], який по суті дублює положення Типового закону, за винятком положень, які стосуються винесення ухвал про забезпечувальні заходи на основі *ex parte*, детально визначено, за яких умов арбітраж може вводити такі заходи. Відповідно до Типового закону ЮНСІТРАЛ, сторона, яка робить запит для вжиття забезпечувальних заходів, повинна:

- 1) доказати, що їй можуть бути завдані збитки, якщо арбітраж не винесе відповідної ухвали;
- 2) такі збитки перевищують ті збитки, які можуть бути завдані іншій стороні;
- 3) довести наявність розумної можливості того, що сторона, яка запитує вжиття забезпечувальних заходів, виграє спір.

Варто зазначити, що в попередній версії Типового закону чітких умов прописано не було. Зараз думки вчених різняться щодо того, чи потрібні чіткі критерії вжиття забезпечувальних заходів. Одна група вчених дотримується думки, що потрібно чітко прописувати умови, аргументуючи це тим, що таким чином виробляються уніфіковані стандарти в арбітражному процесі і можна чітко визначити, на що сторони дали згоду. Інші вважають, що така визначеність не потрібна через те, що вона зменшує гнучкість арбітражу і порушує принцип безсторонності, адже однією з умов є велика ймовірність виграшу сторони, яка запитує забезпечувальний захід [3, с. 625].

Особливо великий сумнів виникає щодо третього критерію, відповідно до якого сторона, яка запитує забезпечувальні заходи, з великою ймовірністю отримає остаточне арбітражне рішення на свою користь. Наприклад, Кай Хобер вважає, що встановлення можливості успіху однієї зі сторін *prima facie* вирішує спір [4, с. 735]. Абаскал також стверджує, що вирішення, чи має сторона достатній успіх для винесення забезпечувальних заходів, розходиться зі здоровим глуздом [5, с. 764].

Беручи до уваги, що сьогодні не так багато держав використовують положення Типового закону ЮНСІТРАЛ зі змінами 2006 р. (32 юрисдикції зі 111) [6], то більш доцільно говорити про принципи винесення арбітражем забезпечувальних заходів. Отже, ухвали про забезпечувальні заходи повинні відповідати таким принципам [7, с. 127–129], як:

1. Принцип необхідності. Зазвичай у регламентах міжнародних комерційних арбітражів вказується на те, що «необхідність» є умовою вжиття забезпечувальних заходів. Сторона, яка звертається до складу арбітражу із проханням вжити забезпечувальних заходів, повинна доказати, що в разі невжиття таких заходів може настати неминуча шкода.

2. Принцип терміновості. Забезпечувальні заходи повинні бути вжиті в якомога коротший термін, інакше ухвала про забезпечувальні заходи буде неефективною. Типовий закон ЮНСІТРАЛ 1985 р. передбачає, що ухвала про забезпечувальні заходи повинна вноситися складом арбітрів. Отже, спочатку треба обрати арбітрів, лише після цього сторона може звернутися із проханням про вжиття забезпечувальних заходів. Беручи до уваги те, що на процедуру обрання арбітрів може витратитися досить багато часу, ефективність ухвали про забезпечувальні заходи різко знижується. Тому в останніх редакціях регламентів постійних арбітражних установ з'являються положення про надзвичайних арбітрів, які набули повноважень одноособово виносити ухвали про забезпечувальні заходи.

3. Принцип пропорційності. Цей принцип означає, що під час винесення ухвали про забезпечувальні заходи потрібно дотримуватися пропорційності між завданою шкодою (або шкодою, якої може бути завдано) і збитками сторони, які можуть бути завдані за вжиття забезпечувального заходу.

З вищезазначеного стає зрозуміло, що механізм забезпечувальних заходів підвищує ефективність арбітражу, але водночас їхнє застосування арбітражем викликає низку таких питань:

1. Співвідношення повноважень судів і міжнародних комерційних арбітражів виносити ухвали про забезпечувальні заходи.

2. Компетенція міжнародного комерційного арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи.

3. Форма ухвали про забезпечувальні заходи і можливість її виконання.

4. Вжиття забезпечувальних заходів до формування складу арбітражу.

Що стосується питання співвідношення повноважень судів і арбітражів, то в більшості арбітражних регламентів закріплено право сторін звер-

татися по забезпечувальні заходи до державних судів. Незважаючи на це, іноді суди відмовляють у наданні таких заходів. Наприклад, у Сполучених Штатах Америки деякі суди відмовляють у наданні забезпечувальних заходів на підставі того, що це буде вважатися втручанням в арбітражний процес, а французькі суди проводять чітку різницю між забезпечувальними заходами, які виносяться до утворення складу арбітрів (і в такому разі забезпечувальні заходи надаються), і тими, які виносяться після формування складу арбітрів (вони можуть виноситися лише за виняткових обставин) [8, с. 108]. Також існує низка юрисдикцій, де взагалі забезпечувальні заходи можуть виноситися виключно судом, як, наприклад, у Китаї й Італії.

Щоб уникнути проблеми відмови в наданні забезпечувальних заходів із боку суду, сторонам рекомендується у своєму арбітражному застереженні вводити таке положення [8, с. 109]:

«Погоджуючись на арбітражний розгляд спору, це застереження не виключає можливості сторін звертатися за вжиттям забезпечувальних заходів до суду, який перебуває у відповідній юрисдикції, або до іншої установи, за умови дотримання процедури й інших вимог суду чи іншої установи».

Коли говоримо про компетенцію арбітражу застосовувати забезпечувальні заходи, то постає питання, яке пов'язано із правом сторони виключити право арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи. Загалом, майже всі сучасні закони про міжнародний комерційний арбітраж передбачають, що третейський суд може на прохання будь-якої сторони розпорядитися про вжиття якою-небудь стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмета спору, які він вважає необхідними, якщо сторони не домовилися про інше [1]. Але, відповідно до принципу автономії волі сторін, ніщо не заважає сторонам домовитися про те, щоб арбітраж не мав повноважень виносити ухвали про забезпечувальні заходи, або про те, щоби такі ухвали виносилися лише за наявності низки вимог.

На практиці сторони дуже рідко виключають таке повноваження арбітражу [9], але якщо в арбітражній угоді чи в арбітражному застереженні сторони чітко прописують, що арбітраж не має повноважень виносити ухвали про забезпечувальні заходи, то в такому разі єдиним можливим варіантом отримати забезпечувальні заходи є звернення до суду.

Коли сторони у своїй арбітражній угоді взагалі нічого не згадують про повноваження арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи, це не означає, що вони виключають таке повноваження арбітражу. Навпаки, це означає, що сторони погодилися, що арбітраж матиме таке право через *lex arbitri*. Також не варто сприймати як відмову сторін від повноважень арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи, якщо сторони обирають арбітражну установу, у регламенті якої такі повноваження чітко не передбачені. У такому разі арбітражна угода розглядається як така, що надає право арбітражу виносити такі ухвали, навіть якщо це повноваження опущено в регламенті [9, с. 2455].

Крім того, якщо сторони в арбітражній угоді прописують, що забезпечувальні заходи повинні виноситися конкретним національним судом, це не означає, що вони виключають повноваження арбітражу виносити такі заходи, оскільки національний суд і арбітраж у цьому питанні мають сумісну юрисдикцію.

Отже, єдиним можливим способом виключення повноваження арбітражу виносити ухвали про забезпечувальні заходи є чітко прописана в арбітражній угоді або застереженні згода сторін на виключення такого повноваження.

Варто наголосити і на тому, що загалом вважається, що забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі повинні виконуватися сторонами добровільно, отже, принцип волі сторін не порушується. Сам арбітраж не має жодних засобів і методів примусу, на відміну від державних судів, тому сторони повинні завжди пам'ятати, що вони добровільно зобов'язали себе виконувати рішення й ухвали арбітражу. Навіть більше, сторонам спору вкрай не розумно не виконувати ухвали арбітражу, який вирішує спір по суті. У роботі Франца Т. Шварца [10] висловлюється така думка: *«Зрешистю, найбільше джерело сили примусу полягає в можливості арбітрів вирішувати спір між сторонами. Сторони намагаються постати перед арбітражем як чесні підприємці, які постраждали від нечесних дій іншої сторони спору, і тому здебільшого не бажають порушувати розпорядження, які винесені тими, кого вони хотіли запевнити у правдивості своїх правових вимог»*.

Як уже неодноразово згадувалося вище, одним із недоліків ухвал про забезпечувальні заходи, винесених арбітражем, є проблема, пов'язана з їх виконанням. Були спроби розглядати ухвали арбітражу про забезпечувальні заходи не як ухвали, а як арбітражні рішення [11, с. 636], і в такому разі вони б підлягали процедурі визнання і виконання відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції «Про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень» 1958 р. [12]. Звичайно, доказати, що ухвала є рішенням, надзвичайно важко.

Що стосується форми винесення ухвал про забезпечувальні заходи арбітражем, то є три основні форми, у яких можуть надаватися забезпечувальні заходи [13]. Перша форма – це ухвала, що діє тимчасово. Їх можна швидше винести, зважаючи на те, що потрібно виконати менше формальностей, а також потрібно менше часу для вивчення справи [13, с. 607–609]. Головний недолік такої форми полягає в тому, що її неможливо виконати примусовим порядком [9]. Другий варіант – винести її у формі рішення і сподіватися, що воно буде виконано [11]. Ця форма винесення забезпечувальних заходів різко критикується вченими, адже тимчасові заходи не можна вважати остаточним рішенням. Простою заміною слів «ухвала» на «рішення» сутність тимчасовості не змінити. Хоча деякі науковці вважають, що ухвали про забезпечувальні заходи можна вважати рішеннями, адже вони є остаточними в контексті того, що вони мають чітко визна-

чений предмет [14]. Наприклад, Регламент JAMS передбачає, що забезпечувальні заходи можуть виноситися арбітражем у формі «частково-остаточного рішення» [15]. Логічно припустити, що таке положення націлено на те, щоби підвищити ймовірність виконання ухвал-рішень арбітражу про забезпечувальні заходи, але навряд чи суди будуть переінакшувати мету Нью-Йоркської конвенції, застосовувати її для «частково-остаточних рішень». Також недоліком цього методу є те, що остаточні рішення не так просто скасувати, як ухвали. Третя форма – це об'єднання попередніх двох – винести спочатку ухвалу, а потім вмотивоване рішення [16]. Такий підхід поєднує в собі і швидкість ухвалення і можливість виконання.

Хоча є країни, у яких ухвали арбітражу про забезпечувальні заходи не виконують, у якій би формі вони не були винесені [17, с. 885]. Наприклад, неможливо визнати і виконати такі ухвали в Італії [18, с. 1–16], оскільки в італійському Законі «Про міжнародний комерційний арбітраж» закріплено положення про те, що арбітраж не має повноважень виносити ухвали про забезпечувальні заходи.

Переходячи до питання винесення ухвал про забезпечувальні заходи до формування складу арбітражу, одразу варто зауважити, що ключовим питанням є час. Оскільки в більшості законів про комерційний арбітраж прописано, що забезпечувальні заходи можуть виноситися лише після утворення складу арбітражу, то у сторін є два варіанти вирішення цієї проблеми: або звернутися у відповідний державний суд, або, якщо це передбачено регламентом обраної арбітражної установи, просити призначити надзвичайного арбітра. Що стосується першого варіанта, то суди можуть не прийняти до розгляду заяви сторони про вжиття забезпечувальних заходів, оскільки це буде вважатися втручанням в арбітражний процес.

Висновки. Виходячи з вищезазначеного, зауважимо, що для створення послідовної практики винесення ухвал про забезпечувальні заходи в межах міжнародного комерційного арбітражу необхідно визначити чіткі критерії для винесення таких ухвал на рівні принципів права. Завдяки визнанню однакових принципів винесення ухвал про забезпечувальні заходи, однакових умов для їх винесення сторони арбітражного процесу матимуть упевненість у тому, що за відповідних обставин арбітражний суд зобов'язаний за запитом сторони постановити ухвалу про забезпечувальні заходи.

Література:

1. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, 1985 г., с изменениями, принятыми в 2006 г. / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. *Организация Объединенных Наций*. 2006.
2. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересмотрен в 2010 г.) / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. *Организация Объединенных Наций*. 2011.
3. Waincymer J. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. The Hague, 2012.

4. Berg Janvanden Albert. Interim Measures by Arbitrators : Report. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* / Kaj Hobér. The Hague, 2007.
5. Berg Janvanden Albert. The Art of Interim Measures : Comment. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* The Hague, 2007.
6. Status UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 / United Nations Commission on International Trade Law. 2019. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.
7. Прусенко Г. Принципи застосування забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 2. С. 127–129.
8. Paulsson J. The Fresh fields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts. The Hague, 2010.
9. Gary B. Born. International Commercial Arbitration. The Hague, 2014.
10. Franz T. Schwarz. Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration. *ICC Publication*. 1993. № 519.
11. Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. The Hague, 2012.
12. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень / ООН. 1958. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_070.
13. Lew J. Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2000. Vol. 11. № 1.
14. Public is Communication v. True North Communications Inc. *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*. 1997. URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1256959.html>.
15. JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures. JAMS. 2014. URL: http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_comprehensive_arbitration_rules-2014.pdf.
16. ICC Interim Award in Case 8879. *International Chamber of Commerce*. 2000. URL: http://library.iccwbo.org/content/dr/AWARDS/AW_0505.htm?l1=Bulletins&l2=ICC+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.11%2fNo.1+-+Eng&AUTH=5d779350&Timeframe=.
17. Petrochilos G. Interim Measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules. *ASA Bulletin*. 2010. Vol. 28. № 4.
18. Paulsson J. Italian Code of Civil Procedure, Book Four, Title VIII, Arbitration, Amended by Legislative Decree of 2 February 2006, № 40. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. The Hague, 1984. Supplement 88.

Девяткина М. С. Проблема правового регулирования и применения обеспечительных мер в международном коммерческом арбитраже: условия и принципы

Аннотация. В статье определены принципы и условия принятия обеспечительных мер в рамках международного коммерческого арбитража. Обоснована необходимость установления четких условий и принципов для вынесения таких постановлений. В ходе анализа принципов и условий выявлены проблемные аспекты в механизме обеспечительных мер в рамках международного коммерческого арбитража. Раскрыты подходы к решению этих вопросов.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, обеспечительные меры, принципы права, чрезвычайный арбитр.

Deviatkina M. Legal regulation and application issues of interim measures in international commercial arbitration: conditions and principles

Summary. The paper defines the principles and conditions for the adoption of interim measures in the framework of international commercial arbitration. According to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments adopted in 2006), The party requesting an interim measure shall satisfy the arbitral tribunal that: harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and there is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. This paper gives analyses of these conditions and proves that clearly defined conditions for adoption of interim measures are important for effective operation of international commercial arbitration system. After explanation of conditions for issuance of interim measures, the paper gives list of principles on which decision on interim measures should be based. Such principles include: necessity principle, principle of urgency and principle of proportionality. Analyses of such principles gave raise to the following questions: powers ratio of courts and international commercial arbitration to make decisions on security measures; competence of international commercial arbitration to apply interim measures; form of the decision on security measures and the possibility of its performance; performance of interim measures before the composition of the arbitration court. All these issues are reviewed in the paper.

Key words: international commercial arbitration, interim measures, principles of law, emergency arbitrator.

ЗМІСТ

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Мельник В. М.

ЗАМЕЧАНИЯ О МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ
ВАРВАРСКИХ КОРОЛЕВСТВ ЕВРОПЫ (V–VI ВЕКА).....3

Пархоменко-Куцевіл О. І.

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ВИБОРНОСТІ ПОСАД
ЯК ОСНОВА ФОРМУВАННЯ КАДРОВОГО ПОТЕНЦІАЛУ
АНТИКОРУПЦІЙНИХ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ.....13

Резнік Ю. С.

ХАРАКТЕРИСТИКА КАТЕГОРІЇ «СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИННОГО ДІЯННЯ»
ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КРАЇН-УЧАСНИЦЬ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....21

МІЖНАРОДНЕ ЕКОНОМІЧНЕ ПРАВО

Любашенко В. І.

ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ
В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ ФАКТІВ,
ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВІЙСЬКОВИМИ ДІЯМИ.....31

Перепьолкін С. М.

МІСЦЕ МІЖНАРОДНОГО МИТНОГО ПРАВА
В СИСТЕМІ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА:
ШЛЯХ ДО ПАРАДИГМИ.....39

Тронько О. В.

ПРОТИДІЯ НЕЗАКОННИМ ТРАНЗАКЦІЯМ
У СУЧАСНОМУ ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ПРАВІ.....46

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

Гуйван П. Д.

ОКРЕМІ ЕЛЕМЕНТИ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД:
ЄВРОПЕЙСЬКІ ПІДХОДИ.....55

Завгородній В. А.

ЗМІСТ ТА ОБСЯГ КАТЕГОРІЇ

«ЗАХОДИ ІНДИВІДУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ»

В АСПЕКТІ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ РІШЕНЬ

ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....66

Юринець Ю. Л.

МОНІТОРИНГ ПАРЛАМЕНТСЬКОЮ АСАМБЛЕЄЮ РАДИ ЄВРОПИ

ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТИВ

ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПЕРЕД

РАДОЮ ЄВРОПИ (1995–2012 РОКИ) ТА ЙОГО ЕФЕКТИВНІСТЬ.....75

**МІЖНАРОДНЕ
ПРИВАТНЕ ПРАВО****Дев'яткіна М. С.**

ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

І ЗАСТОСУВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ

У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ:

УМОВИ ТА ПРИНЦИПИ..... 89

НОТАТКИ

Здано в роботу 20.05.2019. Підписано до друку 04.06.2019.
Формат 70x100/16. Ум.-друк. арк. 11,63. Папір офсетний.
Цифровий друк. Зам. № 0719/153. Наклад 300 прим. Ціна договірна.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»

65101, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1

Телефон +38 (0552) 39-95-80

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 6424 від 04.10.2018 р.