

# **АЛЬМАНАХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

---

---

**Випуск 17**

Одеса  
2017

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 № 2 від 29.09.2017 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;

Антипенко В.Ф. – завідувач кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Національного авіаційного 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 міжнародного права та міжнародних відносин 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 міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент;

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

Пашковський М.І. – професор кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент;

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 343.35:35.08(477)

**ВЕКЛИЧ В. О.,**

кандидат юридичних наук, заступник завідувача  
кафедри конституційного права, історії та теорії держави і права  
Навчально-наукового інституту права  
імені князя Володимира Великого  
Міжрегіональної Академії управління персоналом

## ІНОЗЕМНИЙ І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОНТЕКСТІ ПУБЛІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ЩОДО БОРотьБИ З КОРУПЦІЄЮ Й ЗАПОБІГАННЯ ЇЙ В УКРАЇНІ

*Пелюстки  
Спадали їжакам на очі сонносіро  
І піромани цих думок  
Черв'яче тіло  
Підпалювали замість свічечок  
Горіли  
У спазматичних колихаючись октавах  
Левади попелом від їх тканин укриті  
Сьогодні розіп'ято не Варавву  
Усі живі, ніхто не буде жити  
І батальйони настовбурчених голок  
Шпичастих  
Нестимуть вогники думок  
Розсіюючи попіл в нетрях часу.  
Софія Костицька («У нетрях») [1, с. 103]*

**Анотація.** Розвиток вітчизняної публічної політики щодо боротьби з корупцією й запобігання їй значною мірою пов'язаний з урахуванням не лише досвіду України. При цьому важливо підкреслити, що саме відсутність практичного застосування такого дос-

віду з урахуванням його розмежування на національний і міжнародний сегменти призводить до значного зниження ефективності антикорупційної діяльності.

**Ключові слова:** антикорупційна діяльність, боротьба з корупцією, запобігання корупції, корупція, Україна.

**Постановка проблеми.** Публічна політика щодо запобігання й боротьби з корупцією в Україні має базуватися як на вітчизняному досвіді правового регулювання суспільних відносин у відповідній сфері, так і на здобутках світової практики, які повинні знаходити відображення в нормах вітчизняного законодавства. Останнє відображає значні прогалини у вітчизняному законодавстві, якому досі притаманний пострадянський державоцентризм із пріоритетом ролі держави й нівелюванням можливостей для впливу громадянського суспільства на відповідні процеси. Саме тому проблематика іноземного та міжнародного досвіду в розглянутому контексті лишається актуальною.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** На сучасному етапі розвитку вітчизняної наукової правничої думки можна відзначити наявність різноманітних напрацювань щодо іноземного досвіду стосовно запобігання й боротьби з корупцією і його правового вираження. При цьому розглянута проблематика протягом останніх років майже не зачіпалася в контексті публічної політики. Тож у згаданому ракурсі можна відзначити публікації таких учених і правників-практиків, як А. Новак, О. Новіков, І. Коруля, В. Литвиненко, М. Міняйло, В. Решота, О. Скомаров, Т. Хабарова та ін. Також серед молодих науковців можна відзначити А. Коломієць і Т. Невесенко. З-поміж іноземних фахівців можна згадати таких, як Т. Бергер, Л. Грей, Р. Клітгард, Р. Маклін-Абароа, Л. Міллс, Г. Перріс, Л. Поп, П. Реціка-Кіркбрайд, І. Россі, К. Хансен, чії напрацювання не втрачають актуальності в контексті правозастосовної практики України щодо запобігання й боротьби з корупцією.

**Метою статті** є розгляд іноземного й міжнародного досвіду антикорупційної діяльності в контексті публічної політики щодо запобігання й боротьби з корупцією в Україні задля її покращення й забезпечення від можливих ризиків і деструктивних тенденцій.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Розвиток вітчизняного антикорупційного законодавства значною мірою зазнає негативного впливу через відсутність належного врахування іноземного (національного щодо інших країн) і міжнародного досвіду, що має поєднуватися із системним опрацюванням внутрішнього досвіду стосовно вжитих в Україні антикорупційних заходів у контексті їх дійсної ефективності (що має критеріально виражатися в наявності впливу на суспільні відносини). Іншим проблемним аспектом розвитку вітчизняної доктрини є відсутність чіткого розмежування запобігання, протидії й боротьби з корупцією. Так, у контексті цього дослідження ми розуміємо під запобіганням корупції діяльність, що спрямована на превентивний вплив на суспільство, щоб

зумовити несприйняття корупції в якості інструмента для досягнення бажаного результату в соціумі (звуження можливостей для розширення корупційного середовища), під протидією корупції – активну (переважно аналітичну) діяльність, яка спрямована на опрацювання відомостей щодо виникнення корупційних явищ у масштабі соціуму, яка повинна поєднуватися з розробленням спеціальних заходів, що спрямовані на блокування активних проявів корупції (за відсутності достовірних відомостей щодо «агентів» корупційного середовища), а під боротьбою з корупцією – діяльність, яка має на меті припинення корупційних діянь із відшкодуванням збитків потерпілим сторонам, а також притягненням до належних видів юридичної відповідальності осіб, які вчинили корупційні діяння. При цьому важливо взяти до уваги таку обставину: глобалізація прискорила економічні кризові явища, що спровокували зростання впливу корупціогенних чинників на публічне управління [2, с. 34]

Так, у контексті поточного дослідження видається актуальним здійснити сегментування антикорупційного досвіду, який може бути використано в Україні, на іноземний (рівень національних держав) і міжнародний (рівень міжнародних організацій і міждержавних утворень). Згадане сегментування значною мірою має умовний характер, оскільки з практичного погляду відбувається поступальне переплетення тенденцій і напрямків діяльності в цій сфері, що вимагає належного узгодження вітчизняної публічної політики щодо запобігання й боротьби з корупцією (передусім через глобалізаційні тенденції). Нині превалює думка, що міжнародна законність визначає міжнародно-правову модель, у той час як міжнародний правопорядок – стан відповідності міжнародних правовідносин цій моделі [3, с. 9].

Так, звуження публічної політики щодо запобігання й боротьби з корупцією виключно до діяльності правоохоронних органів і установ самої держави без урахування ролі громадянського суспільства, а також міжнародного сегмента, який існує для звуження корупційного середовища на глобальному рівні, у підсумку дозволяє розвиватися корупційним тенденціям усередині держави навіть при значних витратах на антикорупційну діяльність, спричиняючи руйнування самої держави зсередини. Реформування державних систем, процедур, порядків, реструктуризація порядку функціонування державних установ – це лише частина методів зниження рівня корупційних проявів [4, с. 173].

З приводу міжнародного рівня актуальним є таке зауваження: «Однією з головних складових частин формування й реалізації ефективної системи боротьби з корупцією є чітка співпраця на міжнародному рівні, участь в антикорупційних заходах, запроваджених у межах Організації Об'єднаних Націй, Ради Європи Інтерполом, Міжнародним валютним фондом та іншими міжнародними організаціями» [5, с. 68]. При цьому вітчизняними вченими ігнорується роль Світового банку й деяких інших міжнародних організацій подібного рівня в глобальній антикорупційній діяльності. Так, фахівці цієї установи зазначають: «Країни повинні визначитися й працювати над тим,

щоб зменшити перешкоди щодо застосування ефективних і справедливих санкцій, до яких належать погано підготоване законодавство, політичне втручання в діяльність правоохоронних органів, неадекватне верховенство права та конституційні виклики» [6, с. 119]. При цьому слід підкреслити, що саме ця установа покликана забезпечувати вжиття заходів задля блокування фінансових потоків, здобутих корупційним шляхом, а відсутність належної співпраці зумовила значні втрати коштів, які було «умовно легально» виведено з України в 2014–2015 рр. (із наслідками для внутрішнього валового продукту країни). Держави повинні брати участь у внутрішніх або міжнародних дебатах щодо політики у сфері повернення активів, коли це може бути включено до угод про врегулювання в разі корупції, а також вони мають розглянути необхідні законодавчі зміни, щоб дозволити участь третіх сторін у врегулюванні випадків міжнародного хабарництва [7, с. 45].

У публічній політиці щодо запобігання й боротьби з корупцією в Україні враховано деякі рекомендації, що їх передбачено чинними міжнародними нормативно-правовими актами, зокрема ст. 36 Конвенції ООН проти корупції передбачається зобов'язання держав – учасниць цієї Конвенції забезпечити таке: 1) існування органу чи осіб, які спеціалізуються на боротьбі з корупцією за допомогою правоохоронних засобів; 2) надання такому органу чи особам необхідної самостійності для того, щоб вони могли ефективно виконувати свої функції без неналежного впливу; 3) достатню кваліфікацію та ресурси для співробітників такого органу [8, с. 53].

Вагомою проблемою для практики правозастосування в Україні (зокрема щодо антикорупційної діяльності) залишається пануючий ще з радянських часів державоцентризм, який відбивається й на характері розроблення нових нормативно-правових актів стосовно публічної політики щодо запобігання й боротьби з корупцією, коли основна роль приділяється активній діяльності органів державної влади без розроблення спеціальних інструментів для впливу на суспільні відносини з боку громадянського суспільства. Радикальні перетворення в українському суспільстві в умовах переходу до нової системи суспільних відносин зумовлюють необхідність розроблення, утвердження та прийняття громадянами України нової парадигми соціальних цінностей, що має ґрунтуватися на ідеї самодостатньої цінності людської особистості, яка відповідно до Конституції України (ст. 3) визначена в Україні найвищою соціальною цінністю [4, с. 173]. Тут слід підкреслити, що за умов демократії саме заходи, які вживаються громадянським суспільством для подолання деструктивних тенденцій, що розвиваються всередині держави, мають реалізовуватися на основі законодавства, тим самим відображаючи ідею самодостатньої цінності людської особистості на противагу ще радянському підходу, коли основна роль у суспільстві відводилася «провідній партії» та «її» державі. Саме інерційність щодо цього питання з її відображенням у політиці щодо запобігання й боротьби з корупцією й антикорупційного законодавства зумовила розширення можливостей для зловживань посадових осіб і формування корупційних кланів.

На противагу наведеному для України видається прийнятним досвід деяких національних держав. Передусім тут цікавими є напрацювання Гонконгу, які переважно ігноруються українським науковим товариством у контексті антикорупційної діяльності. Так, інтерес викликає діяльність Незалежної Комісії проти Корупції (далі – ІСАС). ІСАС являла собою також стратегічний проект для мобілізації громадської участі й підтримки. Це було досягнуто двома шляхами. По-перше, було засновано п'ять громадських консультативних комітетів для визначення напрямку курсу й моніторингу ІСАС. До їхнього складу входили урядові критики, їхня сфера діяльності простягалася від загальної політики через функції ІСАС до «комісії зі скарг». Ми вважаємо, що ідея громадської наглядової ради мала велике значення для забезпечення прозорості урядових органів, особливо тих, які наділені такою ж владою, як і ІСАС. По-друге, Департамент Зв'язків із Громадськістю (далі – ДЗГ) являв собою іншу стратегічну інновацію. ДЗГ заснував місцеві служби для збору інформації про корупцію від суспільства, а також організував серед широких мас освітню діяльність щодо корупційного зла. ДЗГ також розробив шкільні програми, публічні кампанії, гумористичні кіноролики, телевізійні драми, радіо-шоу за дзвінками слухачів, спеціальні брошури й виставки [9, с. 28].

На противагу наведеній комплексній діяльності, що має здійснюватися в контексті запобігання корупції, дисонансом є підхід Національного агентства з питань запобігання корупції України, чие призначення його посадовими особами вбачається виключно в опрацюванні декларацій щодо майна посадових осіб держави: «Для топ-посадовців лишилися останні дні, щоб знищити цю систему (е-декларування – В. В.). І це є очевидний факт. Тому, дискредитувавши нас, можна все списати на те, що я не організувала, я не зробила, а вони всі білі і пухнасті», – заявила Н. Корчак на прес-конференції [10].

Так, сама концепція «запобігання корупції» в контексті аналізованої політики має бути докорінно змінена із сутнісно репресивної на просвітницько-превентивну, коли панівне за радянського періоду залякування, яке застосовувалося в якості передумови дотримання «правових» вимог, має бути замінене на діяльність, що забезпечує свідоме несприйняття корупції й розуміння необхідності для громадян саме правового ладу. До безумовних здобутків Грузії належить докорінна зміна суспільної толерантності до фактів корупції. Завдяки новинам на всіх телеканалах постійно висвітлюються факти затримання злодія в законі чи чиновника-хабарника [11, с. 173]. Але разом із тим перевірка декларацій має здійснюватися в якості одного з елементів такої політики. Відомства, які здійснюють контроль за деклараціями про доходи посадових осіб, можуть мати право доступу до конфіденційної інформації. Інституції, створені за цією моделлю, функціонують у Франції (Центральна служба із запобігання корупції); в Албанії (Антикорупційна моніторингова група); на Мальті (Постійна комісія проти корупції); у Сербії й Чорногорії (Антикорупційне управління); у США

(Управління з урядової етики); в Індії (Центральна служба пильності); на Філіппінах (Офіс омбудсмена); у Болгарії (Комісія з координації діяльності у сфері боротьби проти корупції) [12, с. 91–92].

При цьому важливо взяти до уваги комплексний зв'язок корупції з організованою злочинністю, оскільки саме політична корупція слугує в якості базису для «прикриття» протиправної діяльності (що яскраво простежувалося за умов незалежності України). Так, цікавим є досвід Польщі, де 2000 р. було створене Центральне бюро розслідування, яке займається головним чином трьома напрямками: 1) боротьбою з організованою злочинністю й незаконними діяннями, які сприяють її процвітанню (торгівля зброєю, вибуховими пристроями, вимагання тощо); 2) злочинами, пов'язаними з незаконним обігом наркотиків (виробництвом, контрабандою, розповсюдженням); 3) економічними злочинами (відмивання брудних грошей, шахрайство, корупція) [13, с. 147].

В Україні значне поширення корупції дозволяє отримувати надприбутки із забезпеченням «умовної законності» операцій через порівняно невисоку компетентність представників органів державної влади, які не завжди спроможні належно взаємодіяти з іноземними антикорупційними установами. При цьому сама така ситуація використовується для дискредитації антикорупційних ініціатив і міжнародного курсу держави, а на стратегічному рівні – для підтримання корупційного середовища всередині країни і її системної руйнації з реалізацією неправових інтересів зацікавлених сторін. Так, австрійські банки Meinl і Winter & Co і люксембурзький East-West United Bank допомогли українським банкам вивести з країни сотні мільйонів доларів [14] (що є лише одним із «епізодів» такої діяльності).

На противагу наведеній тенденції слід узяти до уваги досвід Данії, де Торговельна рада Данії (далі – TCD) має велику антикорупційну стратегію, що покликана допомагати данським компаніям, які стикаються із загрозою корупції в процесі інтернаціоналізації. TCD забезпечує данські компанії, які працюють на зовнішніх ринках, усією необхідною інформацією та антикорупційними інструментами [15, с. 177]. На час підготовки цього дослідження саме Данія є лідером за індексом сприйняття корупції й забезпечує верховенство права, підтримку громадянського суспільства й чіткі правила, які зумовлюють поведінку державних чиновників. У листопаді 2016 р. вона також стала прикладом для інших країн, оголосивши про плани створення відкритого реєстру, куди увійде інформація про бенефіціарних власників усіх компаній, зареєстрованих у Данії [16, с. 103]. Розгляд можливості ширшого використання подібних інструментів в Україні вимагає їх комплексного вивчення з урахуванням рівня сприйняття корупції.

**Висновки.** Використання іноземного та міжнародного досвіду антикорупційної діяльності в контексті публічної політики щодо запобігання й боротьби з корупцією в Україні до деякої міри має ситуативний характер, що зумовлюється інерційними явищами, які досі проявляються в контексті діяльності щодо правотворчості, а також правозастосовної практики.



Одним із факторів тут є вплив корупційного середовища, завдяки чому полегшуються можливості для використання України з метою отримання надприбутків особами, котрі причетні до такого середовища. При цьому практичне застосування іноземного й міжнародного досвіду значною мірою вимагає підвищення компетентності посадових осіб, що дозволить налагоджувати ширшу взаємодію з організаціями антикорупційного спрямування за межами України. Проте системний характер такої політики й динамічність пов'язаних із нею суспільних відносин зумовлюють потребу в подальших дослідженнях, які мають здійснюватися в цій сфері.

### *Література:*

1. Костицька С. Лабіринти метаморфоз: поезії / С. Костицька. – Обране і нове. – Дрогобич : Коло, 2016. – 256 с.
2. Новак А. Теоретичні основи дослідження протидії корупційним проявам у системі публічного управління / А. Новак // Державне управління та місцеве самоврядування. – 2016. – Випуск 1. – С. 29–36.
3. Забара І. Міжнародний правопорядок: до питання визначення правового явища (теоретичні аспекти) / І. Забара // Альманах міжнародного права. – 2017. – Випуск 15. – С. 4–11.
4. Коруля І. Зарубіжний досвід у сфері протидії корупції і можливість його використання в Україні / І. Коруля // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 1. – С. 170–173.
5. Хабарова Т. Адміністративно-правові засади протидії корупції: зарубіжний досвід / Т. Хабарова // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – Випуск 6-1. – Том 3. – С. 67–70.
6. Rossi I. Getting the Full Picture on Public Officials: a How-To Guide for Effective Financial Disclosure / I. Rossi, L. Pop, T. Berger. – Washington, DC : International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2017. – 125 p.
7. Few and Far: the Hard Facts on Stolen Asset Recovery / L. Gray, K. Hansen, P. Recica-Kirkbride, L. Mills. – Washington, DC : International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank and the OECD, 2014. – 78 p.
8. Новіков О. Світовий досвід функціонування спеціалізованих антикорупційних органів / О. Новіков // Збірник наукових праць «Ефективність державного управління». – 2015. – Випуск 43. – С. 52–57.
9. Клітгард Р. Корумповані міста. Практичний посібник із лікування та запобігання / Р. Клітгард, Р. Маклін-Абароа, Г. Ліндсі Перріс. – Харків : «Права людини», 2007. – 144 с.
10. Корчак: «Мене хочуть дискредитувати, щоб не подавати декларацій» / BBC Україна. – 2017. – 31 березня [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.bbc.com/ukrainian/news-39454024>.
11. Решота В. Досвід державної політики із запобігання та протидії корупції в Грузії / В. Решота // Науковий вісник «Демократичне врядування». – 2013. – Випуск 11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://lvivacademy.com/vidavnitstvo\\_1/visnik11/fail/Reshota.pdf](http://lvivacademy.com/vidavnitstvo_1/visnik11/fail/Reshota.pdf).
12. Скомаров О. Досвід Сінгапуру та Гонконгу щодо функціонування спеціальних антикорупційних органів та можливість його застосування в Україні /

- О. Скомаров // Актуальні проблеми правознавства. – Випуск 4. – 2016. – С. 90–96.
13. Міняйло М. Зарубіжний досвід запобігання організованій злочинності / М. Міняйло // Науковий вісник Чернівецького університету. Серія «Правознавство». – 2013. – Випуск 660. – С. 144–149.
14. Спецпроект Liga.net «Схемы против Независимости»: 26 примеров системной коррупции в Украине [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.liga.net/projects/corruption\\_schemes/](http://www.liga.net/projects/corruption_schemes/).
15. Литвиненко В. Зарубіжний досвід організації та діяльності суб'єктів протидії корупції та можливості його використання в Україні / В. Литвиненко // Публічне право. – 2015. – № 4. – С. 175–181.
16. Коломієць А. Запобігання корупції в Україні: використання позитивного досвіду європейських країн / А. Коломієць, Т. Невесенко // Роль юриспруденції у формуванні сучасного суспільства: збірник IV міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 7 жовтня 2016 р.). – К. : МАУП, 2016. – С. 102–106.

**Веклич В. О. Иностраный и международный опыт антикоррупционной деятельности в контексте публичной политики по борьбе с коррупцией и по ее предупреждению в Украине**

**Аннотация.** Развитие отечественной публичной политики по борьбе с коррупцией и по ее предупреждению в значительной степени связано с учетом опыта не только Украины, но и иных государств, а также международных организаций. При этом важно подчеркнуть, что именно отсутствие практического применения такого опыта с учетом его разделения по существу на национальный и международный сегменты приводит к значительному снижению эффективности антикоррупционной деятельности.

**Ключевые слова:** антикоррупционная деятельность, борьба с коррупцией, коррупция, предотвращение коррупции, Украина.

**Veklych V. Foreign and international experience of anti-corruption activities in the context of the public policy on the prevention and fight against corruption within Ukraine**

**Summary.** Foreign and international experience application in the field of anti-corruption activities still should be reviewed in the context of public policy on prevention and combating corruption in Ukraine. Related problems have a situational nature to a certain extent, due to the inertia phenomena that is still manifested in the context of law-making activities and law enforcement practice. Impact of the corruption environment is among the main factors here, that facilitates the use of Ukraine for the purpose of obtaining of the super-profits by those who are involved in the preservation of such environment's existence. At the same time, the practical application of foreign and international experience requires, to a large extent, the increase in the officials' competence level, which will make possible wider interactions with anticorruption organizations beyond Ukraine. Also it is important to emphasize that it is precisely the lack of such experience practical application that leads to a significant reduction in the effectiveness of anti-corruption activities taking into account its substantive separation into national and international segments. Yet, systematic nature of the public policy on the prevention and fight against corruption within Ukraine and the dynamism of the public relations that are associated with it determine the need for further broader researches in the field under consideration.

**Key words:** anti-corruption activities, corruption, fight against corruption, prevention of corruption, Ukraine.

УДК 347.4

**ГУЙВАН П. Д.,**  
кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,  
професор Полтавського інституту бізнесу  
Міжнародного науково-технічного університету  
імені академіка Юрія Бугая

## ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЯК СКЛАДОВА ЧАСТИНА ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

**Анотація.** У цій науковій праці автором досліджено такий складовий елемент поняття «верховенство права», як правова визначеність. Підкреслюється, що визначеність має стосуватися насамперед правової норми як вихідного елемента юридичного регулювання. При цьому визначеність повинна досягатися як на стадії правотворення, так і на етапі правозастосування. Також приділяється увага дослідженню таких елементів цього принципу, як законність очікувань, неправомірність розширення дискреції в повноваженнях органів влади, неможливість застосування судами нечинних і офіційно не оприлюднених актів. Наводяться приклади порушення національними судами принципу правової визначеності, надаються відповідні пропозиції.

**Ключові слова:** правова визначеність, стабільність права, дискреційні повноваження.

**Постановка проблеми.** Сьогодні маємо констатувати, що наше національне правосуддя перебуває на значній відстані від загальноприйнятих європейських критеріїв справедливого судочинства. Такий висновок ґрунтується на численних рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо порушення ст. 6 Конвенції під час здійснення судочинства. Варто звернути увагу, що рішення ЄСПЛ регулюють відносини та роз'яснюють ті правові позиції, які недостатньо врегульовані національним законодавством. Вони дають можливість прийняти рішення з урахуванням більш чіткого розуміння права особи на захист, права учасників на розумні строки розгляду справи в суді тощо. Усе це в сукупності дійсно посилює правову систему України та сприяє справедливому розгляду справ у суді [1, с. 49].

Одним із основних засад справедливого судочинства вважається принцип верховенства права. Він знаходить своє вираження в джерелах права Європейського Союзу й застосовується в практиці Європейського суду, тож має застосовуватися під час здійснення правосуддя в праві України в розгляді конкретних справ. Комісія за демократію через право (Венеці-

---

1 Щоправда, законність очікувань окремі зарубіжні дослідники кваліфікують як окремий самостійний принцип. Див. [18, с. 104–105].

йська Комісія) указує, що головним чинником під час здійснення правосуддя має бути верховенство права. Однією зі складових частин верховенства права є правова визначеність. Комісія вважає, що наразі є можливим консенсус стосовно обов'язкових елементів поняття «верховенство права», а також таких елементів поняття «Rechtsstaat», які є не лише формальними, а й субстантивними чи матеріальними (*materieller Rechtsstaatbegriff*). Цими елементами є законність, включаючи прозорий, підзвітний і демократичний процес введення в дію приписів права; юридична визначеність; заборона свавілля; доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю; дотримання прав людини; заборона дискримінації та рівність перед законом [2, п. 41].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Принцип правової визначеності досліджувався такими науковцями, як Л. Богачова, Ф. Гаєк, С. Головатий, В. Кернз, М. Козюбра, Ю. Матвеева, Т. Назаренко, С. Погребняк, А. Приймак, А. Татам, Л. Ушакова, Л. Фуллер, Т. Хартлі, А. Хворостянкіна, С. Шевчук та ін. Та попри це, питання продовжує залишатися актуальним і дискусійним, адже принцип правової визначеності безпосередньо не закріплений у національному законодавстві. Тому його значущість для результативного правового регулювання визначається шляхом вивчення практики ЄСПЛ. Цей орган відносить принцип правової визначеності до багатоаспектних і загальноправових засад правосуддя [3, с. 290]. Навряд чи можна погодитися з тезою, зазначеною в науковій літературі, за якою елементи змісту принципу правової певності не тільки відомі кожному юристу, але й на інтуїтивному рівні зрозумілі навіть людям, що далекі від юриспруденції, бо саме в них укладені сподівання пересічного громадянина, який бажає бачити в законі надійний щит, а в державі – гаранта своєї безпеки [4, с. 4]. З огляду на те, що цей принцип об'єднує найрізноманітніші вимоги до якості закону й правозастосовної практики, його загальний характер і оцінка напрацьовуються прецедентною практикою ЄСПЛ, котра продовжує накопичуватися й аналізуватися. З урахуванням цього потребує подальшого доктринального оформлення концепція щодо ефективного використання принципу правової визначеності й адаптації його до українського правозастосовного механізму. На вивчення вказаної проблематики й спрямована наша праця. Із цією метою в ній проаналізовані різні позиції вчених, висловлені в літературі із цього питання, і напрацьовані певні узагальнення.

**Метою статті** є розгляд правової визначеності як складової частини принципу верховенства права.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Концепцію стосовно нерозривного зв'язку принципів правової визначеності та верховенства права поділяє більшість науковців, які досліджують це питання. Зокрема, у літературі вказується, що принцип правової визначеності, який сформульований у рішеннях європейських судів, є одним із найбільш важливих загальноєвропейських демократичних досягнень і необхідним елементом

нормативно-правової конструкції соціальної держави [5]. Будучи елементом такої правової засади, як верховенство права, визначеність права також не втрачає значення самостійного принципу. Тож можемо погодитися з тими дослідниками, котрі воліють кваліфікувати віднесення правової певності до складових частин верховенства права, що її слід розуміти не як правову дефініцію, а як європейську традицію, яка ґрунтується на демократичних чинниках.

Вимога визначеності – одна з найсуттєвіших, що пред'являються як до правових актів, так і до судових вердиктів. При цьому правова визначеність як елемент верховенства права постулюється в таких проявах: непопущеність і нескасовуваність набутих законних прав (*vested rights*); законні очікування (*legitimate expectations*) – право особи розраховувати на стабільність законодавства; незворотність закону й неможливість застосування закону до особи, яка не могла знати про його існування (*non-retroactivity*) [6, с. 130; 7, с. 153]. Деякі дослідники, крім указаних, до складових частин коментованого принципу відносять такі: право особи на використання зрозумілої мови в судовому процесі та правило позовної давності, згідно з яким не можна визнати документ незаконним, вимагати покарання або виконання зобов'язань після того, як збігли відведені для цього строки [8, с. 94]. З урахуванням зазначених проявів, які є різними взаємопов'язаними аспектами принципу правової визначеності, знаходить підтвердження теза про його багатогранність і загальність.

Традиційно основне дослідження засад цього принципу здійснюється стосовно визначеності норм права, позаяк останні є вихідною складовою частиною механізму правового регулювання. При цьому вказується, що визначеність норми є головним аспектом усього принципу. Вона становить неодмінну властивість права, принаймні писаного. Визначеність процесу створення та застосування правових норм забезпечує чіткість і злагодженість діяльності відповідних юридичних механізмів. Норма права постулюється як загальнообов'язкове формальне правило належної поведінки, що встановлюється та забезпечується державою, закріплене й оприлюднене в офіційних актах, спрямоване на регулювання суспільних відносин шляхом визначення прав і обов'язків їхніх учасників [9, с. 159]. Принцип визначеності норми права висуває до процесу правотворчості вимоги несуперечливості (тобто відсутності колізій, здатних дезорієнтувати суб'єкта в масиві законодавства) і стабільності правових норм, яку слід розуміти як відсутність частого внесення змін у нормативно-правові акти, оскільки інакше суспільні відносини не встигатимуть адаптуватися до нових нормативних умов [10, с. 322–323].

За позицією Венеційської Комісії, визначеність в якості ключового чинника фундаментального принципу верховенства права передбачає, що правові акти мають бути чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій і правовідносин, що виникають [2, п. 46]. У доктрині також приділяється значна увага питанню

визначеності правового акта, наголошується, що визначеність становить собою реальність, у межах якої має перебувати все правове регулювання. Зокрема, запроваджене поняття «ясність» щодо визначеності правових норм, під якою розуміється простота й зрозумілість акта (правовий документ повинен бути створений так, щоб бути зрозумілим усім особам, на яких він поширюється) [11, с. 130]. С. Алексєєв підкреслює, що вища визначеність правової норми полягає в тому, що вона доведена до рівня формальної визначеності [12, с. 36]. Формальна визначеність норми права передбачає внутрішню певність, яка проявляється в змісті й обсязі прав і обов'язків, чітких указівок на наслідки її порушення [9, с. 160]. В якості принципу вона формулює вимоги до законодавця, установлює для нього конкретні межі, за якими виникає загроза настання правової непевності [13]. Іншими словами, створюючи новий правовий акт, законодавець мусить урахувувати наявний нормативний інструментарій, щоб запобігти майбутнім колізіям. Тож норма права відповідає принципу правової визначеності за умови її узгодження з системою діючого правового регулювання. Таким чином, визначеність права забезпечує передумови для його реалізації. Це гарантує учасникам правовідносин відсутність свавільних і непередбачуваних змін їхнього офіційно визнаного правового статусу, незмінність і стабільність взаємозв'язків, стійкість судових вердиктів.

Правова визначеність набула значення принципу міжнародного та національного права з прийняттям Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, а формулювання її змісту та сутності було зроблене шляхом тлумачення тексту Конвенції під час розгляду конкретних справ Європейським судом із прав людини, рішення якого згідно з українським законодавством є джерелом національного права, причому в сенсовому трактуванні, наданому ЄСПЛ. Із цього приводу Суд зазначає, що норма не може вважатися законом у розумінні положень п. 2 ст. 10 Конвенції, якщо вона не сформульована з точністю, достатньою для того, щоб громадянин міг регулювати свої дії; він має бути здатен, якщо це необхідно, за допомогою відповідної консультації передбачати в розумній за тих чи інших обставин мірі наслідки, до яких може призвести та чи інша дія [14, п. 41]. Отже, обмеження певного права, навіть у разі, коли воно відбувається відповідно до національного законодавства, може бути визнане неправомірним, якщо підстави обмеження викладені в законі таким чином, що це позбавляє особу можливості прогнозувати свою поведінку та передбачати її наслідки [15, с. 398].

Своє бачення правової визначеності навів також Конституційний Суд України. У рішенні від 22 вересня 2005 р. вказується, що «із конституційних принципів рівності й справедливості випливає вимога визначеності, ясності й недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування в правозастосовній практиці й неминуче призводить до сваволі» (абз. 2 підп. 5.4 п. 5 мотивувальної частини) [16]. Вищий орган конституційної юрисдикції

підкреслив, що невизначеність, нечіткість правової норми тягне за собою її неоднакове розуміння та тлумачення, що в практичній площині призводить до різного застосування. Визначеність правового регулювання має на меті запобігти будь-якому прояву сваволі щодо особи [17, с. 84]. Отже, визначеність норми права як невідемна її властивість покликана сприяти тому, щоб особа завжди мала змогу спрямовувати свою поведінку в такий спосіб, який відповідає вимогам норми на час учинення дії.

Прийнято вважати, що правова норма узгоджується з принципом визначеності, коли кожному суб'єкту зрозумілі правові наслідки свого діяння. Інакше кажучи, від правової певності акта залежить однакове розуміння, застосування й тлумачення правових приписів. Але крім вимог до визначеності правової норми, принцип правової визначеності в юридичній науці також розглядається в більш широкому аспекті й охоплює такі прояви, як непорушність і нескасовуваність набутих законних прав (*vested rights*); законність очікування (*legitimate expectations*) – право особи в своїх діях розраховувати на сталість законодавства, а отже, незворотність закону й неможливість застосування закону до особи, яка не могла знати про його існування (нечинність не оприлюднених у належний спосіб актів і неможливість їхнього застосування під час регулювання суспільних відносин). За цими критеріями принцип спрямований на досягнення розумної стабільності права, забезпечення реалізації законних очікувань особи та захисту всіх, хто у своїй діяльності керується легальними рішеннями й діями публічної влади.

У цьому контексті значну роль відіграє вимога визначеності судових рішень. Саме такий характер судових рішень зумовлює надання їм юридичної сили, бо тільки за цієї умови рішення здатні ефективно регулювати правовідносини [19, с. 55]. У правозастосуванні принцип визначеності вимагає, щоб нормативно-правові акти виконувалися; щоб мала місце практика уточнення (конкретизації) змісту нормативно-правових актів; щоб практикувалося одноманітне застосування закону; щоб рішення судів щодо застосування закону були остаточними й обов'язковими [20, с. 47-48]. Неможливість скасування остаточного судового рішення, яке набрало чинності, є однією з головних гарантій стабільного правового становища особи, адже судові вердикти повинні бути зрозумілі, чіткі та стабільні в часі. Європейський суд із прав людини, розкриваючи принцип правової визначеності під час перегляду остаточного рішення, неодноразово вказував, що цей принцип припускає те, що сторони не вправі домагатися перегляду остаточного й такого, яке підлягає виконанню, судового рішення лише з метою перегляду й винесення нового рішення у справі. Повноваження вищестоящих судів із перегляду повинні здійснюватися з метою виправлення судових помилок, неправильного відправлення правосуддя, а не для підміни нагляду. Перегляд не має розглядатися як замасковане оскарження, і одна лише можливість двох поглядів у справі не може служити підставою для перегляду [21, п. п. 51, 52].

Показовою в цьому відношенні прийнято вважати справу «Брумареску проти Румунії» (*Brumarescu v. Romania*), під час розгляду якої Суд підкреслив, що «право на справедливий судовий розгляд судом, яке гарантується п. 1 ст. 6 Конвенції, має тлумачитися в світлі преамбули до Конвенції, яка у відповідній частині свідчить, що принцип верховенства права є спільною спадщиною Високих Договірних Сторін. Одним з основних аспектів принципу верховенства права є принцип правової визначеності, який вимагає, крім іншого, щоб у разі винесення судами остаточного судового рішення воно не підлягало перегляду» [22, п. 61]. Сталість і незмінність остаточного судового рішення, що набуло чинності, забезпечується через реалізацію відомого принципу *res judicata*. Це словосполучення перекладається як «вирішена справа». Тож ще юристи римської доби, застосовуючи поняття *res judicata*, вважали, що справа вирішена по суті, усунута спірність чи невизначеність ситуації, і рішення є остаточним і незмінним. Керуючись цим усталеним підходом, остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження. Системи, де є можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, і де допускається невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності.

Виходячи із цього, категорію *res judicata*, яка справедливо розглядається як рівнозначна остаточності рішення суду, що набрало чинності, слід вважати визначальною та такою, що гарантує незмінність установаженого статусу учасників спору, і це визнано державою. Це забезпечує стійкість правозастосовних актів. Правова визначеність також полягає в тому, щоб остаточні рішення судів були виконані. У приватних спорах виконання остаточних судових рішень може потребувати допомоги з боку державних органів, аби уникнути будь-якого ризику «приватного правосуддя», що є несумісним із верховенством права.

Принцип правової визначеності серед інших складових частин, які забезпечують стабільність, сталість і незмінність правового регулювання та правозастосування, включає також і вимоги до необґрунтованого розширення дискреційних повноважень органів влади. Із цього приводу Венеційська комісія у своїй доповіді відзначила, що верховенству права суперечив би такий стан, за якого юридична свобода розсуду виконавчої влади надавалася б необмежено. У законі має бути визначена сфера будь-яких форм розсуду, а також те, як така свобода повинна здійснюватися, причому це має бути достатньо яким, щоб окрема особа була належним чином захищена від сваволі [2, п. 45]. ЄСПЛ у своїй прецедентній практиці часто підкреслює, що словосполучення «згідно із законом», яке використовується у ст. 6 Конвенції, не лише вимагає дотримання національного закону, а й стосується якості такого закону (справа «Барановський проти Польщі») [23, п. 52]. Суд нагадує, що національне законодавство має з достатньою чіткістю визначати межі та спосіб здійснення відповідного дискреційного права, наданого органам влади, щоб забезпечувати громадянам той міні-



мальний рівень захисту, на який вони мають право згідно з принципом верховенства права в демократичному суспільстві (справа «Доменічіні проти Італії») [24, п. 33].

Конституція України встановлює, що органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Основного Закону). Але на практиці певні прогалини в законах компенсуються шляхом значного розширення обсягу дискреційних повноважень суб'єкта влади, а часом навіть за рахунок прийняття самим органом нормативних актів, у яких визначаються додаткові до встановлених законом повноваження. Приміром, Полтавська міська рада рішенням сесії від 31 січня 2017 р. сама себе наділила повноваженнями розпоряджатися майном і земельними ділянками, які належать співвласникам багатоквартирних будинків. Проте ст. 382 Цивільного кодексу України вказує, що всі власники квартир і нежитлових приміщень у багатоквартирному будинку є співвласниками на праві спільної сумісної власності спільного майна багатоквартирного будинку. Спільним майном багатоквартирного будинку є приміщення загального користування (зокрема допоміжні), несучі, огорожувальні та несучо-огорожувальні конструкції будинку, механічне, електричне, сантехнічне й інше обладнання всередині або за межами будинку, яке обслуговує більше одного житлового або нежитлового приміщення, будівлі й споруди, які призначені для задоволення потреб усіх співвласників багатоквартирного будинку та розташовані на прибудинковій території, а також права на земельну ділянку, на якій розташований багатоквартирний будинок і його прибудинкова територія, у разі державної реєстрації таких прав. При цьому орган місцевого самоврядування скористався прогалиною в чинному законодавстві – відсутністю порядку державної реєстрації вказаного майна, отже, недосконалість норм права спровокувала прояви дискреції та потягла за собою необхідність вирішувати спір у судовому порядку [25].

Інший приклад подібного штибу – справа № 917/2333/15, яка розглянута господарським судом Полтавської області та переглянута судами апеляційної й касаційної інстанцій. При цьому всі суди застосували нормативний акт, який не повинні були застосовувати, якби вони керувалися принципом правової визначеності. Річ у тім, що суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій усупереч цьому принципу обґрунтували свої рішення Порядком визначення та відшкодування територіальній громаді міста Лубни в особі Лубенської міської ради збитків, заподіяних унаслідок порушення вимог земельного законодавства, затвердженим рішенням Лубенської міської ради 14 лютого 2014 р. Але вказаний документ прийнятий усупереч наявним в органі місцевого самоврядування повноваженням, отже, він не може застосовуватися судами. Унаслідок його прийняття орган місцевого самоврядування встановив для самого себе як суб'єкта матеріальних відносин з іншими особами у сфері земельних відносин додат-

кові права, не передбачені чинним законодавством. Конституція України й інші закони чітко вказують, що органи місцевого самоврядування діють у межах визначеної для них компетенції. У всіх законодавчих актах не надано повноважень місцевим радам щодо прийняття спеціальних положень, які б установлювали додаткові обов'язки суб'єктів на конкретній території та додаткові права для самого себе як органу місцевого самоврядування порівняно з тими, що визначені законодавством України. Це й зрозуміло, адже якщо мислити інакше, то будь-який орган міг би своїм розпорядчим актом установлювати для самого себе додаткові права у відносинах, у яких він бере участь. Але національні суди вкотре знехтували правилом щодо справедливості судочинства, бо, на жаль, у своїй діяльності продовжують керуватися не приписами Конвенції, а виключно ідеологією захисту інтересів органів влади [26]. Подібний підхід є незаконним, а невиправданому самовільному збільшенню обсягу дискреційних повноважень органів виконавчої влади може запобігти вимога винятково законодавчого закріплення їхніх повноважень [27, с. 21; 28, с. 6].

**Висновки.** З викладеного можемо зробити певні висновки. Принцип правової визначеності як невідємна складова частина принципу верховенства права найбільше проявляється у вимогах до визначеності норм права, як на етапі їх створення, так і застосування. Можна зі впевненістю стверджувати, що лише за єдності цих чинників, які визначають статистику та динаміку правого регулювання, може бути забезпечено правову визначеність, що гарантуватиме стабільність і сталість відносин, діяльності держави та суспільства. Маємо зазначити, що українські законодавчі та правозастосовні органи ще досить далекі від європейських правил щодо застосування принципу правової визначеності у своїй діяльності. Значну увагу слід приділити посиленню вимог до визначеності судових рішень. Їхня невизначеність часто пояснюється недостатнім рівнем фахової кваліфікації окремих осіб, і саме на усунення цього недоліку мають спрямовуватися зусилля держави. У практичній площині правозастосовні органи мусять усвідомити, що визначений характер судових рішень є обов'язковою передумовою набуття ними юридичної сили.

Під час здійснення правосуддя слід, зокрема, урахувувати, що самостійне встановлення собі повноважень певним владним органом, до компетенції якого віднесена участь у конкретних правовідносинах, є неприпустимим. Засобами, за допомогою яких невиправдане розширення дискреції в повноваженнях органів влади можна звести до мінімуму, є вдосконалення норм права, їх конкретизація й деталізація. Суди також не вправі застосовувати правові акти «заднім числом» і такі акти, які не були в належний спосіб офіційно оприлюднені, що наразі, на жаль, часто трапляється, особливо на користь суб'єктів влади. Тільки в разі реального застосування вимог щодо правової визначеності рішення правозастосовного органу здатні ефективно регулювати суспільні відносини.

**Література:**

1. Драч І. Не можна заради єдиного викриття злочину спонукати особу до його вчинення / І. Драч // Збірник виступів. Українська Гельсінська спілка з прав людини «Precedent UA – 2015». – К. : КВІЦ, 2015. – С. 49–52.
2. Доповідь № 512/2009 Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) «Верховенство права», Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr).
3. Пресняков М. Конституционный принцип справедливости : юридическая природа и нормативное содержание : дис. ... докт. юрид. наук ; спец 12.00.02. / М. Пресняков. – Саратов, 2009. – 467 с.
4. Дикарев И. Принцип правовой определенности и законная сила судебного решения в уголовном процессе : [монография] / И. Дикарев. – Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2015. – 175 с.
5. Ушакова Л. Принцип правовой определенности как элемент нормативно-правовой конструкции социального государства / Л. Ушакова. – С. 1–12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rusrand.ru/Dokladi2/Ushakova.pdf>.
6. Магрело М. Концепт «законних очікувань» і принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок? / М. Магрело // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 127–135.
7. Матвеева Ю. Принцип правовой определенности как один из аспектов верховенства права / Ю. Матвеева // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : збірник статей. – К., 2010. – С. 153.
8. Татам А. Право Європейського Союзу / А. Татам ; [пер. з англ.]. – К. : Абрис, 1998. – 424 с.
9. Теория государства и права : [учебник для вузов] / отв. ред. В. Перевалов. – М. : Норма, 2006. – 496 с.
10. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
11. Кашанина Т. Юридическая техника : [учебник] / Т. Кашанина. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2011. – 496 с.
12. Алексеев С. Общая теория права. Курс в двух томах / С. Алексеев. – Т. 1. – М. : Юридическая литература, 1981. – 361 с.
13. Дербышева Е. Принцип правовой определенности как требование определенности нормы права / Е. Дербышева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://e-notabene.ru/lr/article\\_21970.html](http://e-notabene.ru/lr/article_21970.html).
14. П. 41 рішення ЄСПЛ від 22 жовтня 2007 р. у справі «Лендон, Очаковскі-Лоран і Жюлі проти Франції» (заява № 21279/02) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.article19.org/resources.php/resource/2585/en/ecthr:-london,-otchakovsky-laurens-and-july-v-france>.
15. Коруц У. Принцип правовой определенности как элемент права на справедливый судебный розгляд у контексті практики Європейського суду з прав людини / У. Коруц // Часопис Київського університету права. – К., 2012. – № 3. – С. 395–399.
16. Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками) № 1-17/2005

- [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05>.
17. Гультай М. Правова визначеність у рішеннях Конституційного Суду України / М. Гультай, І. Кияниця // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 5. – С. 83–93.
  18. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу / В. Кернз ; пер. з англ. – К. : Знання, 2003. – 381 с.
  19. Приймак А. Принцип правової визначеності: поняття й окремі аспекти / А. Приймак // Наук. записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія». – К., 2010. – Т. 103 : Юридичні науки. – С. 53–55.
  20. Погребняк С. Вимоги до нормативно-правових актів, які впливають з принципу правової визначеності / С. Погребняк // Вісник АПНУ. – 2005. – № 3(42). – С. 42–53.
  21. Рішення ЄСПЛ від 24 липня 2003 р. у справі «Рябих проти Російської Федерації» (заява № 52854/99) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.ru/documents/doc/new/003.htm>.
  22. Рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1999 р. у справі «Брумареску проти Румунії» (заява № 28342/95) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurcour.in.ua/Article.asp?AIdx=307>.
  23. Рішення ЄСПЛ від 28 березня 2000 р. у справі «Барановський проти Польщі» (Baranowski v. Poland), заява № 28358/95 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.legal-tools.org/doc/30bd1a/pdf/>.
  24. Рішення ЄСПЛ від 15 листопада 1996 р. у справі «Доменічіні проти Італії» (Domenichini v. Italy), заява № 15943/90 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6d810.html>.
  25. Справа № 554/2104/17. Архів Октябрського районного у м. Полтаві суду за 2017 р.
  26. Справа № 917/2333/15. Архів Господарського суду Полтавської області за 2015 р.
  27. Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія й практика / М. Козюбра // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 15–23.
  28. Ботнаренко О. Дискреція в слідчій діяльності: юридико-психологічні особливості : автореф. дис. ... канд. юрид. наук ; спец. 19.00.06 «Юридична психологія» / О. Ботнаренко. – К., 2010. – 16 с.

**Гуйван П. Д. Правовая определенность как составная часть принципа верховенства права**

**Аннотация.** В научной работе автором исследован такой составной элемент понятия «верховенство права», как правовая определенность. Подчеркивается, что определенность должна касаться, в первую очередь, правовой нормы как исходного элемента юридического регулирования. При этом определенность должна достигаться как на стадии правотворчества, так и на этапе правоприменения. Также уделено внимание исследованию таких элементов этого принципа, как законность ожиданий, неправомерность расширения дискреции в полномочиях органов власти, невозможность применения судами недействующих и официально не обнародованных актов. Приведены примеры нарушения национальными судами принципа правовой определенности, предоставлены соответствующие предложения.

**Ключевые слова:** правовая определенность, стабильность права, дискреционные полномочия.

**Huivan P. Legal certainty as an integral part of the principle of the rule of law**

**Summary.** In this scientific work, the author has studied such a constituent element the concept of the «rule of law» as legal certainty. It is emphasized that certainty should concern, first of all, the legal norm as the initial element of legal regulation. At the same time, certainty must be achieved both at the stage of lawmaking and at the stage of law enforcement. Attention is also paid to the study of such elements of this principle as the legitimacy of expectations, the illegitimacy of the expansion of discretion in the powers of the authorities, the inability of the courts to apply non-active and not officially promulgated acts. Examples of violations by the national courts of the principle of legal certainty are provided, and relevant proposals are provided.

**Key words:** legal certainty, stability of law, discretionary powers.

УДК 341

**МИХАЙЛОВА О. С.,**

здобувач

Науково-дослідного інституту державного будівництва

та місцевого самоврядування

Національної академії правових наук України

## МЕХАНІЗМ ПОСИЛЕНОЇ СПІВПРАЦІ ТА ЙОГО ЕВОЛЮЦІЯ В ТЕКСТАХ УСТАНОВЧИХ ДОГОВОРІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

**Анотація.** Стаття присвячена визначенню поняття та змісту механізму посиленої співпраці в рамках ЄС. Міститься аналіз джерел права, які регулюють правові аспекти його реалізації. Розглядаються основні етапи механізму посиленої співпраці та їхній зміст. Досліджується практика посиленої співпраці, що склалася між державами – членами Європейського Союзу, і проблеми ефективності її реалізації в ЄС.

**Ключові слова:** Європейський Союз, тісніша співпраця, посилена співпраця, Амстердамський договір, Лісабонський договір.

**Постановка проблеми.** Досягнення цілей Європейського Союзу (далі – ЄС) і реалізація різноманітних політик ЄС, що не належать до виключної компетенції ЄС і спільної зовнішньої політики й політики безпеки, є складним процесом. Суверенні держави – члени ЄС досить часто відмовляються від повномасштабної участі в цих політиках через різні причини як політичного, так і економічного характеру. Однак необхідність досягнення цілей, що закріплені в Установчих договорах, спонукає держави до пошуку оптимальних шляхів, які відповідали б загальній меті ЄС і внутрішнім інтересам цих держав. Механізм посиленої співпраці, запроваджений в Амстердамському договорі 1997 р., є одним із досить гнучких засобів, за допомогою яких держави досягають цілей, що передбачені в Установчих договорах, коли можливість спільних дій є проблематичною.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі аспекти механізму посиленої співпраці висвітлювали такі вітчизняні та західні автори, як Б. де Вітте, О. Буторіна, М. Василенко, Л. Ентін, К. Ехлерманн, С. Кашкін, А. Клеміна, Г. Кортенберг, А. Мізіроллі, В. Муравйов, А. Стабб, Б. Топорнін, О. Трагнюк, А. Цедель, А. Четверікова, І. Яковюк. Одночасно питання причин наявності механізму посиленої співпраці, практика та подальші перспективи його використання, проблеми які виникають у ході його реалізації, у літературі майже не розглянуті.

**Метою статті** є дослідження еволюції механізму посиленої співпраці в рамках ЄС і аналіз порядку й умов його здійснення, основних принципів і проблем, що можуть виникнути під час його встановлення.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Суть механізму посиленої співпраці полягає в тому, що він дозволяє заінтересованим державам – членам ЄС розвивати більш тісну інтеграцію з різних питань без внесення поправок в Установчі договори й приймати інститутам ЄС правові акти й інші заходи тільки щодо заінтересованих учасників [1, с. 321]. Його реалізація здійснюється під егідою Європейського Союзу, через європейські інститути та процедури й ставить собі за мету прискорити будівництво об'єднаної Європи для найамбітніших держав-членів із можливістю приєднання до них держав – членів ЄС у будь-який час.

Перші дебати щодо можливості такої співпраці розпочалися ще в 1996 р. на міжурядовій конференції в Турині, коли стало зрозуміло, що є глибокі розбіжності між державами-членами щодо темпів і масштабів інтеграції. На конференції було запропоновано концепцію механізму, який забезпечить державам – членам ЄС право обирати напрями, в яких держави-члени бажають співпрацювати, за наявності можливості утримуватися від участі тим, хто в такій співпраці не зацікавлений і не бажає брати участь у розробленні актів у рамках відповідних політик. Передбачалося, що такий механізм може стати інструментом, який надасть можливість у процесі європейської інтеграції поєднувати різний рівень розвитку держав – членів Євросоюзу, таких, наприклад, як найбільш розвинені західно-європейські держави (представники «старої демократії») і менш розвинуті східноєвропейські держави – носії «нової демократії» [2, с. 128].

Доцільність закріплення відповідних положень в установчих договорах не викликала заперечень, але з приводу меж гнучкості такого механізму розгорілися бурхливі дискусії. Радикальним пропозиціям Франції й Німеччини, які прагнули до прискореної інтеграції, протистояла Великобританія, яка побоювалася, що в результаті активного використання процедури «тіснішої співпраці» вона втратить можливість застосовувати право вето з найбільш істотних питань і контроль за розвитком подій у рамках Союзу. Компромісний підхід був розроблений країнами Бенілюксу, які запропонували дев'ять критеріїв, за умови дотримання яких «тісніша співпраця» може бути розпочата.

Назва механізму, як і його зміст із моменту першого свого закріплення, зазнала декількох змін. Так, у проекті Амстердамського договору 1997 р. уперше з'явився розділ із робочою назвою «Гнучкість» («Flexibility»), який реально відображає суть питання, що розглядається, при цьому його остаточний текст містив термін «Тісніша співпраця» («Closer cooperation»). Це положення дозволяло державам – членам ЄС, що мають намір налагодити таку співпрацю, використовувати між собою інститути і механізми, запропоновані Договором про Європейський союз (далі – ДЄС). Передбачалося, що співпраця має включати в себе більшість держав-членів і не вплива-

ти на компетенцію, права й обов'язки держав, які не беруть у ній участі. Це означало можливість для права ЄС розвиватися шляхом прийняття відповідного рішення державами за відсутності передбаченої Установчими договорами достатньої більшості під час голосування [3, с. 219].

Одночасно зниження порогу необхідної кількості голосів могло викликати певні протиріччя, оскільки підвищувалася можливість для учасників розробляти закони «для себе», виключаючи інші держави-члени й створюючи таким чином дворівневе співтовариство. Для уникнення такої ситуації в ДЄС було передбачено низку гарантій. Так, тісніша співпраця могла застосовуватися тільки в якості останнього засобу, коли в рамках Ради ЄС було встановлено, що цілей, поставлених перед ЄС, неможливо досягти в розумний термін шляхом застосування відповідних положень договорів. Будь-які встановлені заходи не повинні впливати на законодавство ЄС. Такий механізм міг застосовуватися лише в двох сферах: спільного ринку й міждержавної взаємодії у сфері поліцейського й правового співробітництва в кримінальних справах. Будь-яка тісніша співпраця підлягала схваленню одностайним рішенням Ради ЄС.

Ці обмеження призвели до того, що тісніша співпраця могла застосовуватися в дуже обмежених випадках. На практиці вона лише посилювала відсутність прозорості й ускладнювала процес прийняття рішень в ЄС, який на той час потребував спрощення [4].

Механізм тіснішої співпраці, установлений Амстердамським договором 1997 р., був удосконалений Ніццьким договором 2001 р., який з урахуванням майбутнього розширення Союзу ввів спрощений і уточнений порядок і отримав нову назву «посилена співпраця» («Enhanced Cooperation»). Відповідно до його змісту як мінімум вісім держав-членів, готових іти далі, аніж інші, на шляху об'єднання своїх зовнішньополітичних потенціалів, отримали право робити це в рамках ЄС із опорою на його можливості [5, с. 440]. Рішення про запровадження посиленої співпраці приймалося Радою ЄС за участю всіх держав-членів. Механізм поширив її застосування на сфери спільної зовнішньої політики й політики безпеки, що не охоплювалися колишньою редакцією ДЄС. Положення, яке передбачало можливість для будь-якої держави-члена блокувати процедуру встановлення співпраці Радою, було скасоване. Мінімальний поріг для його «запуску» був знижений до фіксованого числа – восьми держав-членів. [6, с. 6]. Проте зміна мінімальної кількості учасників до розширення ЄС у 2004 р. практично не відіграла ніякого значення, оскільки кількість держав – членів ЄС складала 15 країн. Одночасно скасування права вето у відповідних сферах істотно спрощувало процедуру. Усі питання вирішувалися в рамках органів ЄС, надаючи можливість усім державам-членам брати участь в їх обговоренні або приєднанні до посиленої співпраці в будь-який час [7, с. 8].

Після прийняття поправок і доповнень обсяг відповідного розділу Договору про Європейський Союз збільшився в два рази. Ніццький договір поширив дію механізмів цієї концепції на всі три опори ЄС, для кожної



з яких діяли різні процедури прийняття рішень. Якщо щодо другої та третьої опор застосовувався метод міжурядового співробітництва, а право законодавчої ініціативи належало Комісії та державам – членам ЄС, то в межах першої опори використовувався так званий «метод Співтовариства», за якого роль інститутів ЄС була визначальною, рішення у сферах, що сюди належали, могли прийматися лише на рівні Співтовариства, і тільки Комісія могла запропонувати законопроекти Раді та Парламенту.

Ніццьким договором були уточнені й розширені критерії, що беруться до уваги під час ініціювання пропозиції про початок посиленої співпраці, яка згідно з новим тлумаченням договору повинна застосовуватися тільки в якості «останнього засобу», коли поставлені цілі не можуть бути досягнуті за допомогою звичайних інституційних механізмів. Особливо слід відзначити підвищення ролі Європейської комісії і Європейського парламенту в підготовці позиції Ради, яка видає дозвіл кваліфікованою більшістю голосів. Послідовність дій і їх сумісність із політиками ЄС повинні бути забезпечені скоординованими зусиллями Ради й Комісії. З урахуванням приєднання країн Центральної й Східної Європи до Європейського Союзу Ніццький договір підкреслював, що посилена співпраця залишається актуальною для всіх держав-членів. Договір закріпив дії та процедури, за допомогою яких зацікавлені держави-члени можуть приєднатися до вже розпочатої співпраці [8, с. 5].

Незважаючи на новації, унесені Ніццьким договором, процедура, на жаль, більш ефективною не стала. Тому Лісабонський договір 2007 р. вніс нові зміни й умови, щоб запобігти проведенню невдалих переговорів для встановлення механізму посиленої співпраці, у процесі яких витрачалося багато зусиль на досягнення компромісу, що негативно впливає на інтереси Союзу й процес інтеграції [9, с. 27]. Новий договір закріпив, що посилена співпраця є крайнім засобом, якщо Рада встановить, що цілі, які переслідуються цим співробітництвом, не можуть бути в розумний термін досягнуті Союзом у цілому, за умови, що в ньому беруть участь не менше дев'яти держав-членів.

З урахуванням унесених Лісабонським договором змін у процесі реалізації механізму посиленої співпраці умовно можна виділити такі три етапи, кожен з яких характеризується своїми умовами та принципами. По-перше, це ініціатива держав-членів, які мають звернутися з відповідним запитом до Комісії. Держави можуть співпрацювати в одній зі сфер, охоплених установчими договорами, за винятком питань, що стосуються виключної компетенції ЄС і спільної зовнішньої політики й політики безпеки (далі – СЗПБ). Якщо держави бажають співпрацювати в галузі СЗПБ, вони мають провести консультації з Високим представником ЄС із закордонних справ і політики безпеки. Така співпраця не може створювати перешкод внутрішньому ринку або економічній, соціальній і територіальній єдності, дискримінації в торгівлі між державами-членами та спотворювати конкуренцію між ними. Але оскільки посилена співпраця охоплює тільки

деякі держави – члени ЄС, це неминуче тягне за собою певну ступінь дискримінації, що може стати бар'єром для застосування такого співробітництва. Крім того, незважаючи на обмеження використання механізму у сфері економіки, на практиці на стадії розгляду завжди перебувають декілька таких проектів. Тому тут більш правильним є твердження, що створення й запровадження проектів посиленої співпраці у сфері соціально-економічної взаємодії буде залежати від того, який ступінь порушення правил спільного внутрішнього ринку у сфері конкурентної політики готові витримати держави-члени, і чи зможуть вони на це погодитися [10, с. 149].

Якщо пропозиції щодо посиленої співпраці схвалюються Комісією, остання передає пропозиції в Раду, що знаменує другий етап – реалізацію посиленої співпраці. Рішення щодо встановлення співробітництва приймається кваліфікованою більшістю.

Третій етап розпочинається, коли Комісія отримує схвалене Радою рішення й надає пропозиції, що мають бути виконані. Голосують за вказані положення в Раді тільки держави, що беруть участь у встановленні посиленої співпраці. Незважаючи на те, що держави, які не є учасниками такого співробітництва, правом голосу не наділені, вони беруть участь в обговоренні. Акти, що приймаються в ході запровадження посиленої співпраці, є обов'язковими тільки для учасників співпраці [11, с. 31]. Вони не входять до складу джерел права ЄС і не є частиною *acquis* ЄС, хоча й приймаються інститутами ЄС у вигляді регламентів, директив або інших форм, передбачених Установчими договорами, і повинні відповідати таким договорам та іншим актам ЄС. Витрати країн, що беруть участь у співпраці, фінансуються не з бюджету ЄС, а з бюджету відповідних держав, що, на наш погляд, має визначальний характер.

Посилена співпраця є відкритою для всіх держав-членів і має бути спрямована на «досягнення цілей Союзу». Принцип відкритості передбачає можливість для держави брати участь у співпраці, яка вже здійснюється. Проте така участь залежить від оцінки Ради та Комісії, які перевіряють, чи виконані такою країною відповідні умови участі. Цей принцип також ускладнює процедуру, оскільки може бути використаний державами у сферах, де рішення приймаються одноголосно (зовнішня політика й політика безпеки). Така держава, приєднавшись до активізації співпраці, буде мати можливість накладати вето на прийняття будь-якого акта в рамках співпраці й змушуватиме держав-учасників піти на компроміс, який не буде відповідати первинному задуму.

Складність викликає й ст. 327 ДФЄС, що закріплює принцип, згідно з яким посилена співпраця поважає компетенції, права та зобов'язання держав-членів, що не беруть у ній участі. Ураховуючи загальний характер термінів, це положення дозволяє державам, що не беруть участь у посиленій співпраці, оспарювати її легітимність.

Завдяки тому, що Лісабонський договір усе ж таки значно спростив порядок застосування механізму, у липні 2012 р. набув чинності перший

акт, прийнятий на підставі норм про посилену співпрацю, – Регламент «Рим III», який на цей час налічує шістнадцять учасників і спрямований на врегулювання правил розлучення інтернаціональних подружніх пар. Він показав, що посилення співпраці може стимулювати «швидкісну» інтеграцію в рамках ЄС [12, с. 13]. У цьому ж році було прийнято Єдиний європейський патент, який затвердили 26 держав. Обидва акти мають пряму дію на території відповідних держав – членів ЄС.

**Висновки.** Вищевикладене свідчить про те, що практичне застосування механізму посиленої співпраці зумовлене об'єктивними потребами процесу інтеграції в рамках ЄС. Із моменту свого першого закріплення в тексті Амстердамського договору 1997 р. вплив держав, що не бажали брати участь у такому співробітництві, було суттєво обмежено. Прийняття Лісабонського договору в 2007 р. продовжило експеримент зі створення належної правової бази для посиленої співпраці. Процедура її реалізації стала простішою й містить єдині правила для галузі невиключної компетенції Союзу, з деякими відмінностями у сферах спільної зовнішньої політики й політики безпеки.

В умовах інтеграції та постійного розширення ЄС, ураховуючи, що не всі держави однаково бажать здійснення такої інтеграції в різних сферах, саме спрощений порядок посиленої співпраці може стати альтернативним механізмом, який забезпечить необхідні умови для її здійснення й задовольнить різноманітність потреб та інтересів усіх держав – членів ЄС.

### *Література:*

1. Кашкин С. Право Европейского Союза : в 2 т. / С. Кашкин, А. Четвериков – М. : Издательство Юрайт. – Т. 1 : Общая часть. – 2015. – 647 с.
2. Марченко М. Право Европейского Союза. Основы истории и теории / М. Марченко, Е. Дерябина. – М. : Проспект, 2010. – 308 с.
3. Damian C. European Union public law text and materials / C. Damian, T. Adam. – New York : Cambridge university press, 2007. – 501 p.
4. José M. de Areilza Enhanced Cooperation in the Treaty of Amsterdam: some critical remarks [Електронний ресурс] / José M. de Areilza // Harvard Jean Monnet Working Paper. № 13. – 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/98/98-13-5.html>.
5. Энтин Л. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека / Л. Энтин. – М. : Норма: ИНФРА-М, 2013. – 960 с.
6. Carlo M. We're One, but We're Not the Same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asymmetry in the EU / M. Carlo // Perspectives on Federalism, 2011. – Vol. 3. – 196 p.
7. Довгань Е. К вопросу о статусе источников права Европейского Союза / Е. Довгань // Журнал международного права и международных отношений, 2010. – № 1. – 104 с.
8. Астапенко В. Эволюция концепции усиленного сотрудничества в рамках Европейского Союза / В. Астапенко // Белорусский журнал международного права и международных отношений, 2004. – № 4. – 104 с.

9. Rossolillo G. Enhanced Cooperation and Economic and Monetary Union: a Comparison of Models of Flexibility / G. Rossolillo // *The Federalist*, 2015. – 186 p.
10. Бабынина Л. Применение продвинутого сотрудничества – новый тренд развития Европейского Союза / Л. Бабынина // *Вестник МГИМО-Университета*, 2014. – № 4. – 349 с.
11. Moens G. Commercial law of The European Union / G. Moens, J. Trone. – London : Springer Science + Business Media, 2010. – 486 с.
12. Anzhela C. Enhanced Cooperation: A Way Forward for Tax Harmonisation in the EU? / C. Anzhela // *Oxford University Centre for Business Taxation; University of Oxford*, 2015. – 47 p. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business\\_Taxation/Docs/Publications/Working\\_Papers/Series\\_15/WP1533b.pdf](https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_15/WP1533b.pdf).

**Михайлова А. С. Механизм продвинутого сотрудничества и его эволюция в текстах Учредительных договоров Европейского Союза**

**Аннотация.** В статье рассматривается понятие и содержание механизма продвинутого сотрудничества, осуществляемого в рамках ЕС. Содержится анализ источников права, регулирующих правовые аспекты его реализации. Рассматриваются основные этапы его осуществления и их содержание. Исследуется практика продвинутого сотрудничества, которая сложилась между государствами – членами ЕС, а также проблемы эффективности ее реализации в ЕС.

**Ключевые слова:** Европейский Союз, более тесное сотрудничество, продвинутое сотрудничество, Амстердамский договор, Лиссабонский договор.

**Mykhailova O. The mechanism of enhanced cooperation and its evolution in the constituent treaties of the European Union**

**Summary.** Integration of the EU member states is a complex process, which results in the accession to the Union of new states, which level of development in economic, social, political and cultural spheres concedes to the group of states-leaders. The EU Enlargement Plans in 2004–2007 put the Union at the heart of the need to develop and adopt measures aimed at preventing slowing down the pace of integration of Member States because the inability of new member states to join the ranks of a prosperous Old Europe. Among such tools is the EU Member States “mechanism of enhanced cooperation”, which was enshrined in the Treaties.

The article is devoted to the definition of the notion and content of the mechanism of enhanced cooperation, the provision on which, after the fierce debate, was first introduced in the Amsterdam Treaty and entitled “close cooperation”. This mechanism, taking into account the changes introduced by the Treaty of Nice, covers all areas of the EU’s activities, except its exclusive competence. It is outlined that the procedure for initiation and establishing of enhanced cooperation stipulates its compliance with certain criteria that must be observed. The practice of enhanced cooperation that has developed between the EU Member States has been examined. The problems of effectiveness of implementation of enhanced cooperation in the European Union have been considered. The article conclusion contains the provision that the Lisbon Treaty has provided an effective legal framework for further enhanced cooperation among Member States of the European Union.

**Key words:** European Union, closer cooperation, enhanced cooperation, Treaty of Amsterdam, Lisbon Treaty.

УДК 341.174

**ЯКОВЛЄВ В. В.,**

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри державно-правових дисциплін та міжнародного права

Харківського національного педагогічного університету

імені Г. С. Сковороди

## ВРЕХІТ ЯК МАЙБУТНІЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 50 ДОГОВОРУ ПРО ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СОЮЗ

**Анотація.** У статті досліджується порядок припинення державами членства в ЄС і застосування ст. 50 Договору про Європейський Союз на прикладі виходу Великобританії з його складу. Проаналізовано юридичну підставу початку Brexit, сутність переговорів щодо припинення членства в ЄС та укладання угоди про вихід, її юридичну природу та зміст. Зроблено висновки про необхідність продовження наукових досліджень із цього питання.

**Ключові слова:** Brexit, вихід зі складу ЄС, ст. 50 Договору про Європейський Союз, угода про вихід, юридичний прецедент.

**Постановка проблеми.** 29 березня 2017 р. Велика Британія офіційно розпочала процедуру припинення членства в Європейському Союзі через більш ніж сорок років тісної економічної, політичної, безпекової, правової співпраці між країною та найвпливовішим у світі інтеграційним об'єднанням держав. Вихід Британії з Європейського Союзу (далі – Brexit) отримав величезний політичний резонанс і різноманітні (досить суперечливі, а інколи – радикальні) оцінки стосовно причин, мотивів і наслідків виходу. Він, безумовно, має розцінюватися як подія не лише європейського, а й глобального світового виміру та вже увійшов в історію європейської інтеграції як найсерйозніший виклик єдності європейської спільноти, що ставить під загрозу подальше існування або щонайменше стабільність функціонування ЄС.

Беззаперечно, Brexit знаходиться у сфері інтересів світової наукової спільноти. Будучи предметом наукових досліджень і широких дискусій у різних галузях, Brexit становить величезну актуальність для тих представників юридичної науки, які займаються дослідженнями у сфері європейської інтеграції та права ЄС. Це пов'язано з тим, що до цього часу жодна з держав – членів Європейських Співтовариств і ЄС так чітко не заявляла про свої наміри вийти з їхнього складу й офіційно не запускала юридичного механізму припинення членства. Частіше такі заяви лунали від окремих лідерів, аніж представляли собою офіційну позицію уряду чи думку насе-

лення країни, і були спрямовані на отримання політичних дивідендів особистого характеру чи для очолюваних цими лідерами політичних сил, як це можна простежити в ситуаціях із Францією й Угорщиною, і економічних преференцій для держави, як це було в ситуації з Грецією. Окрім цього, важливо усвідомлювати, що сам механізм припинення членства в ЄС був запроваджений лише з 01.12.2009 р., коли набули чинності зміни до Договору про Європейський Союз 1992 р. (далі – ДЄС), передбачені Лісабонським договором про реформи 2007 р. Отже, детальний юридичний аналіз змісту та порядку застосування положень ДЄС, що регламентують умови та процедуру виходу держави з ЄС і мають бути застосовані до ситуації Brexit, має велике значення як із теоретичного, так і з практичного боку.

Звісно, вихід Великобританії зі складу ЄС не може не позначитися й на сучасному стані взаємовідносин України з ЄС і Великою Британією, а також на перспективах їх подальшого розвитку в контексті Угоди про асоціацію між Україною та ЄС 2014 р., адже в разі припинення членства Великобританії в ЄС і виходу з Угоди про асоціацію постане питання про майбутній формат співробітництва між згаданими державами.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Наразі серед вітчизняних публікацій із цієї проблематики можна віднайти наукові праці авторів, що присвячені висвітленню окремих складових частин процесу Brexit, а саме: його політичних аспектів, юридичного змісту, хронології, причин і наслідків британського референдуму тощо. Ідеться про напрацювання таких дослідників, як І. Яковюк [1], С. Толстов [2], Є. Попко [3], В. Галан [4], М. Іллюк [5], Ж. Чевичалова [6] тощо. Жодна із цих публікацій детально не торкається юридичної процедури виходу Великої Британії зі складу ЄС, не аналізує варіанти застосування механізму припинення членства та його можливі наслідки. Значно більшої уваги юридичним аспектам Brexit приділяють закордонні фахівці, зокрема J. Hillman і G. Horlick [7], Dr. Vincent J.G. Power [8], A. Reid [9], V. Miller [10] та інші.

**Метою статті** є дослідження особливостей застосування статті 50 ДЄС у контексті Brexit, з'ясування складнощів і колізій, що можуть виникнути в процесі виходу Великобританії з ЄС, який не має юридичного прецеденту, наразі знаходиться на своїй початковій стадії та вже є досить суперечливим.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Беззаперечним твердженням, яке можна оголосити на початку статті, є те, що положення ст. 50 ДЄС юридично та фактично є підґрунтям для припинення членства будь-якої держави – члена ЄС, що бажає полишити ЄС. Проте, як зазначалося в публікаціях [9], це не завадило багатьом жорстким прихильникам Brexit стверджувати, що вказана стаття не є єдиним механізмом виходу з ЄС. «Дорожня карта» Brexit, підготовлена організацією його прихильників, вказувала на три основні способи виходу Великобританії з ЄС. Першим запропонованим способом було використання положень ст. 48 ДЄС для внесення необхідних змін до установчих договорів ЄС. Друга пропозиція –

це ст. 50 ДЄС, що є предметом розгляду нашої статті, остання ж пропозиція полягала в тому, щоб у процесі виходу Британії з ЄС полатися на загальне міжнародне публічне право, зокрема, ст. 54 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. щодо виходу держави з міжнародного договору. Четвертий спосіб, попередньо визначений документом, полягав у тому, що Великобританія скасовує Акт Європейських Співтовариств 1972 р., що передбачає дію на території держави правових актів ЄС, і замінює його новим вітчизняним законодавством.

Основними ідеями ст. 50 ДЄС є такі: по-перше, держава – член ЄС може відповідно до свого національного законодавства (конституційних вимог) самостійно прийняти рішення про вихід із ЄС, по-друге, юридичною підставою припинення членства має стати спеціальна угода (угода про вихід), що укладається в результаті переговорів між такою державою та ЄС в особі Ради ЄС. Переговори мають тривати, за загальним правилом, не більше двох років із моменту офіційного повідомлення держави про вихід.

Зі змісту п. 1 ст. 50 ДЄС стає зрозуміло, що рішення про вихід має односторонній характер. Воно належить виключно конкретній державі-члену, не потребує узгодження з іншими державами – членами ЄС і має бути прийняте нею «відповідно до своїх конституційних вимог» до моменту офіційного повідомлення про вихід із Союзу. Це рішення навіть не має бути пояснене чи обґрунтоване. Дотримання вказаних вимог може бути перевірене лише компетентними органами такої держави. Як зазначалося в літературі, тривалість процесу Brexit залежатиме від того, коли юридично розпочнеться застосування ст. 50 ДЄС та чи триватиме він більше ніж два роки, які за загальним правилом відведені на проведення переговорів щодо виходу та підписання відповідної угоди. Невизначеність ролі британського парламенту в «запуску» процедури застосування ст. 50 ДЄС і можливі подальші судові процеси в Сполученому Королівстві та самому ЄС можуть відтермінувати початок переговорів про вихід і подовжити в часі процес припинення членства [10, с. 5].

Як підкреслював професор М. Елліотт, ані сам результат британського референдуму, ані публічні заяви голови британського уряду не можуть розцінюватися в якості офіційних підстав початку процедури виходу Британії зі складу ЄС, оскільки такою підставою може бути лише належним чином оформлене рішення уряду Сполученого Королівства, який відповідно до своїх невід'ємних повноважень проводить зовнішню політику країни [11]. У разі прийняття урядом рішення про вихід відповідно до ст. 50 ДЄС він повинен повідомити про це Європейську Раду, чим юридично «запустити» механізм виходу держави зі складу ЄС. У цьому контексті вкрай важливою є дата повідомлення про вихід, а не дата прийняття урядом такого рішення, оскільки саме з першої починається перебіг строку, який відведено на проведення переговорів між державою й об'єднанням і укладання угоди про вихід.

Певні складнощі, що впливають із формулювання ст. 50 ДЄС, полягають у тому, що в ній чітко не зазначено, яких саме «конституційних процедур» має дотримуватися держава-член для того, щоб задіяти механізм припинення членства. Тому в ситуації з Великою Британією, яка не має чітких конституційних процедур щодо цього питання, це стало предметом судового розгляду. Британський уряд заявив, що він має намір розпочати процес виходу, спираючись на власні «пріоритетні повноваження», без жодного втручання парламенту. Проте окремі фахівці вважають, що участь парламенту є необхідною або щонайменше бажаною [12, с. 4].

Високий суд Англії й Уельсу в рішенні від 03.11.2016 р. зазначив, що британський уряд не може «запустити» застосування ст. 50 ДЄС без відповідного схвалення парламентом. Уряд Сполученого Королівства оскаржив це рішення у Верховному Суді, який повністю підтримав позицію Високого суду та в рішенні від 24.01.2017 р. установив, що британський уряд не може самостійно вчинити зазначені дії без прийняття парламентом відповідного акта, який би уповноважував його на це. Стисле обґрунтування позиції більшості суддів Верховного Суду полягає в тому, що вихід Сполученого Королівства зі складу ЄС припинить дію на його території установчих договорів і актів вторинного права ЄС, які відповідно до Акта Європейських Співтовариств 1972 р. є незалежними джерелами британського права, доки британський парламент не вирішить інакше. Така ситуація призведе до зміни обсягу прав і свобод громадян Сполученого Королівства, установлених правом ЄС, що й робить неможливим застосування процедури виходу держави зі складу ЄС без відповідної згоди парламенту.

Отже, у ситуації з Великобританією підґрунтям для прийняття британським урядом рішення про вихід із ЄС і повідомлення про це Європейської Ради стала сукупність юридичних фактів і правових актів, що охоплює результати британського референдуму від 23.06.2016 р., рішення Верховного Суду від 24.01.2017 р. і відповідний Акт британського парламенту – European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017 від 16.03.2017 р., яким прем'єр-міністр Великої Британії Тереза Мей була вповноважена повідомити ЄС про початок процедури виходу держави з його складу.

Цікавим і неоднозначним є питання про те, чи може бути відкликане офіційне повідомлення держави – члена ЄС про свій вихід. Стаття 50 ДЄС оминає своєю увагою цю ситуацію. Це може означати, що повідомлення про вихід не може бути відкликане, оскільки ст. 50 ДЄС містить низку положень стосовно того, коли припиняють свою дію установчі договори на території такої держави та яким чином колишня держава – член ЄС може знову приєднатися до об'єднання. Сторони судового процесу у Високому суді Англії й Уельсу в жовтні–листопаді 2016 р. припустили, що повідомлення про вихід зі складу ЄС, зроблене в порядку ч. 2 ст. 50 ДЄС, є безвідкличним. Але це припущення є дискусійним, оскільки окремі автори стверджують, що така ситуація може підпадати під дію положень ст. ст. 65, 67 і 68 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., згідно з



якими повідомлення про намір держави вийти з міжнародного договору може бути відкликано в будь-який час до набрання ним чинності [13, с. 18]. І хоча остаточне рішення щодо цього питання знаходиться в юрисдикції Суду Правосуддя ЄС, який має виключне право вирішувати питання застосування норм установчих договорів ЄС, нам видається, що юридичне обґрунтування відкликання повідомлення Великобританії про свій вихід із ЄС положеннями Віденської конвенції 1969 р. є неможливим з огляду на той факт, що згадане повідомлення набуває чинності безпосередньо в момент його вручення (для Brexit – 29.03.2017 р.) й одночасно тягне за собою передбачені ст. 50 ДЄС юридичні наслідки – початок перебігу дворічного терміну, відведеного на переговори й укладання угоди про вихід. Хоча в публікаціях трапляються думки, згідно з якими політична домовленість між Сполученим Королівством та іншими державами ЄС, імовірно, може мати наслідком відкликання першим свого повідомлення про вихід [10, с. 6].

Друга частина ст. 50 ДЄС передбачає необов'язкову процедуру, якої мають дотримуватися інститути ЄС і держава, що повідомила про вихід. Це положення дає можливість сторонам вести переговори щодо укладання угоди про вихід між державою, що повідомила про вихід, і ЄС у цілому й іншими державами-членами. У разі успішних переговорів офіційною датою виходу держави зі складу ЄС буде погоджена сторонами дата набуття чинності угоди про вихід. В іншому разі, якщо угоду про вихід не було укладено, припинення членства відбувається автоматично після спливу двох років із моменту повідомлення державою Європейської Ради про свій вихід. Таким чином, орієнтовною датою припинення членства Великої Британії в ЄС є 29.03.2019 р.

Переговори щодо укладання угоди про вихід від імені Великої Британії має проводити її уряд, спираючись на так звану «королівську прерогативу» – сукупність звичаєвих владних повноважень, привілеїв та імунітетів, які визнаються джерелом великої кількості виконавчих повноважень британського уряду. Парламент Сполученого Королівства не має формального права критично оцінювати хід переговорів щодо укладення міжнародних договорів, хоча в окремих випадках може відтермінувати або навіть заблокувати їх укладення [10, с. 6].

Переговори щодо укладання угоди про вихід мають відбуватися відповідно до процедури, установленної ч. 3 ст. 218 Договору про функціонування ЄС 1957 р. (далі – ДФЄС). Європейська комісія, беручи до уваги керівні настанови Європейської Ради від 29.04.2017 р. [14], надає рекомендації до Ради ЄС, яка приймає рішення щодо початку переговорів і призначає відповідного представника або голову переговорної групи Союзу. Таке рішення разом із директивами, які стосуються проведення переговорів, було прийняте Радою ЄС 22.05.2017 р. [15]. Цим же рішенням Європейська комісія була уповноважена проводити переговори від імені ЄС. Окремим рішенням Ради ЄС також була створена спеціальна Робоча група для надання допомоги в процесі виходу Великої Британії зі складу Союзу [16].

Після завершення переговорів і підготовки угоди про вихід Рада ЄС, діючи кваліфікованою більшістю голосів, що визначається відповідно до п. (б) ч. 3 ст. 238 ДФЄС, після отримання згоди Європейського парламенту укладає таку угоду від імені ЄС.

Протягом періоду переговорів, підписання та ратифікації угоди про вихід держава залишається повноправним членом ЄС і має виконувати юридичні зобов'язання, покладені на неї установчими договорами й усіма іншими правовими актами об'єднання, зокрема щодо сплати фінансових коштів до спільного бюджету ЄС. Правові акти ЄС діятимуть на території Великобританії до моменту припинення членства відповідно до принципів прямої дії та положень Акта Європейських Співтовариств 1972 р. Громадяни такої держави (піддані Сполученого Королівства) матимуть повний обсяг прав у відносинах з інституціями ЄС. Єдиним винятком, що передбачений ч. 4 ст. 50 ДЄС, є те, що представники держави в інститутах ЄС (Прем'єр-міністр Великобританії в Європейській Раді, міністри в Раді ЄС), як і представники в структурних підрозділах цих інститутів (посол у Комітеті постійних представників Ради ЄС, дипломати та службовці), не будуть брати участі в обговореннях і прийнятті рішень стосовно цієї держави. Іншими словами, у юридичному та політичному сенсі вірогідною є ситуація, за якої можливості Великої Британії здійснювати вплив на функціонування Союзу та прийняття ним рішень, включаючи ті, що пов'язані з її виходом, будуть суттєво обмежені.

Важливо зауважити, що на відміну від договорів про приєднання держав до ЄС, передбачених ст. 49 ДЄС, і угод, що вносять зміни та доповнення до установчих договорів ЄС і укладаються в порядку, встановленому ст. 48 ДЄС, ст. 50 ДЄС не вимагає ані спільної згоди (одностайності), ані ратифікації угоди про вихід іншими державами – членами ЄС. І це незважаючи на факт, що укладання угоди про вихід супроводжується внесенням змін до окремих положень установчих договорів ЄС, зокрема ст. 52 ДЄС, яка встановлює перелік держав – членів об'єднання. Проте це може вимагатися відповідно до норм міжнародного права. Вірогідно, автори установчих договорів, усвідомлюючи пов'язані із цим складнощі, а також політичну необхідність для ЄС не видаватися занадто повільним і бюрократичним у разі бажання держави залишити об'єднання, намагалися певним чином «полегшити» процедуру виходу. Крім цього, цілком імовірно, що відсутність вимоги щодо ратифікації угоди про вихід іншими державами – членами ЄС пов'язана з тим, що її положення мають стосуватися питань виключної компетенції ЄС, на які не поширюється юрисдикція держав – членів Союзу.

У ситуації зі Сполученим Королівством угода про вихід не підпадатиме під жодну з конституційних гарантій, установлених Актом про Європейський Союз 2011 р. (European Union Act 2011). Проте, ураховуючи звичайні процедури ратифікації, вона буде представлена британському парламенту з відповідним пояснюючим меморандумом від уряду на строк у 21 робо-

чий день, протягом якого будь-яка з Палат парламенту може відхилити ратифікацію. Якщо Палата громад заперечуватиме проти ратифікації, угода про вихід усе ще може бути ратифікована в разі, коли уряд представить заяву з поясненнями, чому така угода все-таки має бути ратифікована, а Палата громад удруге не проголосує проти її ратифікації протягом 21 дня [12, с. 9–10].

Дуже вірогідно, що дворічний термін, відведений ст. 50 ДЄС для проведення переговорів і укладання угоди про вихід, урахувавши складність питання, може виявитися недостатнім для завершення процесу. Саме тому ч. 3 ст. 50 ДЄС передбачає можливість продовження цього терміну за погодженням між Європейською Радою та відповідною державою. Більш тривалий період може знадобитися Великій Британії для підготовки національного законодавства, що має замінити собою акти ЄС, які втратять чинність для неї з моменту припинення членства в ЄС.

Зауважимо, що 13.07.2017 р. британський уряд зробив наступний важливий крок на шляху Brexit, запропонувавши Палаті громад британського парламенту проект законодавчого акта – European Union (Withdrawal) Bill, який має на меті забезпечити «...визначеність, послідовність і контрольованість» припинення членства Великої Британії в ЄС [17]. Основна пропозиція уряду, що складає зміст цього Акта, є перетворення наявного масиву актів права ЄС (включаючи регламенти та рішення) на право Сполученого Королівства в тому вигляді, у якому воно буде застосовуватися на його території на дату припинення членства. Окрім цього, Акт збереже юридичну силу всіх чинних актів законодавства Великої Британії, які були прийняті з метою імплементації зобов'язань держави, що впливають із відповідних директив ЄС. Таким чином, Акт припинить дію принципу верховенства права ЄС над британським правом і забезпечить повернення британському парламенту повноти законодавчої влади в державі. Прийняття такого законодавчого акта розглядається як необхідний крок, а його відсутність на момент виходу держави з ЄС призведе, на думку британського уряду, не лише до суттєвих прогалин у масиві законодавства Сполученого Королівства, а й позбавить британський бізнес, працівників і споживачів упевненості у власному майбутньому.

Окремі частини угоди про вихід можуть застосовуватися тимчасово з моменту її підписання (тобто до моменту набуття чинності угодою та виходу держави з ЄС), якщо сторони погодять між собою таку процедуру. У разі, якщо дворічний термін буде подовжено, можлива досить цікава ситуація, коли Великобританія буде зобов'язана провести на своїй території чергові вибори депутатів Європейського парламенту, які відбудуться в травні–червні 2019 р., отже, громадяни держави, яка залишає об'єднання, на майбутні п'ять років отримають своїх представників у законодавчому інституті ЄС.

За своєю юридичною силою угода про вихід не може належати до первинного права ЄС і мати таку ж вагу, як і установчі договори Союзу. Отже,

вона може бути предметом юрисдикції Суду Правосуддя ЄС відповідно до ч. 11 ст. 218 ДФЄС на предмет відповідності положенням установчих договорів. Зауважимо, що паралельно з угодою про вихід згідно з процедурою, передбаченою ст. 48 ДЄС, має бути підготовлена та підписана угода про зміни та доповнення до установчих договорів ЄС, оскільки угода про вихід не може містити таких положень.

Згідно з ч. 5 ст. 50 ДЄС, якщо держава, яка вийшла зі складу ЄС, виявить бажання знову приєднатися до об'єднання в майбутньому, вона має подавати заявку на членство в ЄС відповідно до процедури, установленної ст. 49 ДЄС. Іншими словами, все буде відбуватися як із новим кандидатом на членство, без права на автоматичне поновлення або будь-які спеціальні привілеї чи переваги для «колишніх членів» об'єднання.

**Висновки.** Підводячи підсумки роботи, зазначимо, що юридичний механізм припинення членства держави в ЄС, незважаючи на його досить детальну правову регламентацію Договором про ЄС, в аспекті практичної реалізації виявляється складним і суперечливим навіть на своїй початковій стадії. Украй вірогідно, що на наступних стадіях він поставить нові проблеми та виклики перед ЄС та іншими державами-членами. Отже, подальші наукові дослідження цього механізму з урахуванням майбутніх подій, що відбуватимуться найближчими роками в ході Brexit, видаються актуальними та необхідними. Зокрема, першочергової уваги фахівців потребують питання про зміст угоди про вихід, адже ч. 2 ст. 50 ДЄС містить положення, що така угода має укладатися з урахуванням рамок майбутніх відносин держави, яка залишає ЄС, із цим інтеграційним об'єднанням. Чи слід розглядати цю норму в якості юридично обов'язкової чи такої, що має силу радше політичної настанови для сторін переговорів? Варто наголосити, що мають місце погляди про доцільність укладення двох або навіть більшої кількості угод, які б комплексно й остаточно затвердили припинення членства Великої Британії в ЄС. Украй актуальним залишається також невирішене наразі питання про формат майбутніх відносин Великобританії із Союзом, яке є навіть більш важливим для Європи, самого Сполученого Королівства й України в політичному й економічному контекстах, ніж суто формальне питання припинення членства.

#### *Література:*

1. Яковюк І. Brexit: причини й наслідки британського референдуму / І. Яковюк // Європейська інтеграція в контексті сучасної геополітики : зб. наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 24.05.2016 р. – Харків, 2016. – С. 25–29.
2. Толстов С. Сутінки невизначеності: Brexit та його наслідки / С. Толстов // «Зовнішні справи» Історичні науки. – № 8. – 2016. – С. 22–27.
3. Попко Є. Юридичний зміст «Brexit» та його перспективи для України / Є. Попко // Право й суспільство. – № 5. – Ч. 2. – 2016. – С. 201–204.
4. Галан В. Шотландія, ЄС і Brexit: перспективи інтеграційного розвитку / В. Галан // Європейська інтеграція в контексті сучасної геополітики : зб.

- наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 24.05.2016 р. – Харків, 2016. – С. 81–86.
5. Іллюк М. Дилема Brexit: чим небезпечний вихід Великобританії з Євро-союзу? / М. Іллюк // Юридичний вісник України. – 2016. – № 9/10 (4–17 березня). – С. 13.
  6. Чевичалова Ж. Британська сецесія: черговий крок у непростих стосунках ЄС і Великої Британії / Ж. Чевичалова // Європейська інтеграція в контексті сучасної геополітики : зб. наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 24.05.2016 р. – Харків, 2016. – С. 86–90.
  7. Hillman J. Legal Aspects of Brexit: The Implications of the United Kingdom's Decision to Withdraw from the European Union / G. Horlick. – Institute of International Economic Law; 1st edition (March 20, 2017). – 2017. – 440 p.
  8. Dr. Vincent J.G. Power. Brexit – Selected Legal Aspects / Dr. Vincent J.G. Power // Commercial Law Practitioner – May 2016. – P. 123–129 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://algoodbody.com/media/May2016CLP1.pdf>.
  9. Alan S. Reid. Brexit Begins: an overview of the legal issues / Alan S. Reid [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/07/brexit-begins-overview-of-legal-issues.html>.
  10. Miller V. (Ed) Brexit Unknowns // House of Commons Library Briefing Paper № 7761, 9 November 2016. – 13 p. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7761/CBP-7761.pdf>.
  11. Mark Elliott Can the EU force the UK to trigger the two year Brexit process / M. Elliott [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://publiclawforeveryone.com/2016/06/26/brexit-can-the-eu-force-the-uk-to-trigger-the-two-year-brexit-process/>.
  12. Newson N. Leaving the EU: Parliament's Role in the Process / N. Newson // House of Lords Library Note No 034, 4 July 2016. – 15 p. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/LLN-2016-0034/LLN-2016-0034.pdf>.
  13. Gordon R. Brexit: The immediate legal consequences. Report / R. Gordon, R. Moffatt. – The Constitution Society, 2016. – 70 p.
  14. European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations. 29 April 2017 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/04/29-euco-brexit-guidelines/>.
  15. Council Decision authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for an agreement setting out the arrangements for its withdrawal from the European Union 22 May 2017 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-21016-2017-INIT/en/pdf>.
  16. Council Decision (EU) 2017/900 of 22 May 2017 concerning the establishment of the ad hoc Working Party on Article 50 TEU chaired by the General Secretariat of the Council // OJ L 138, 25.5.2017. – P. 138–139.
  17. The Repeal Bill. Factsheet 1: General [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/627983/General\\_Factsheet.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627983/General_Factsheet.pdf).

**Яковлев В. В. Brexit как будущий прецедент применения статьи 50 Договора о Европейском Союзе**

**Аннотация.** В статье исследуется порядок прекращения государствами членства в ЕС и применения ст. 50 Договора о Европейском Союзе на примере выхода Великобритании из ЕС. Проанализированы юридическое основание начала Brexit, сущность переговоров о прекращении членства в ЕС и заключения соглашения о выходе, его юридическая природа и содержание. Сделаны выводы о необходимости продолжения научных исследований по этому вопросу.

**Ключевые слова:** Brexit, выход из состава ЕС, статья 50 ДЕС, соглашение о выходе, юридический прецедент.

**Yakovliev V. Brexit as a prospective precedent of Article 50 TEU application**

**Summary.** Undeniably, the process of UK withdrawal from the EU (Brexit) is among the key interests of the world scientific community. Being a subject for research and broad discussions in various fields, Brexit makes a tremendous relevance for those scholars who are involved in research of European integration and EU law.

A detailed legal analysis of the content and procedures for the application of the relevant provisions of the TEU, which regulate the conditions and procedures for the state's withdrawal from the EU and should be applied to the situation of Brexit, is of great importance both from the theoretical and practical aspects.

It has been determined that, despite the existence of various legal mechanisms for leaving the EU, the provisions of Article 50 TEU are legally and de facto the basis for any EU member state wishing to withdraw. The article examines the application of Article 50 of the TEU in the context of Brexit. The legal basis for Brexit's launch – an official notification from the British government that was sent to the European Council after a series of legal procedures was analyzed. The question of the state's recall of such notification is researched.

Attention is paid to the negotiation on withdrawal from the EU, the terms and subject of negotiations, as well as the procedure for concluding a special withdrawal agreement. The analysis of the main features and legal force of the withdrawal agreement so as the issue of its entry into force and legal consequences is made.

Conclusions regarding the main controversial issues of the withdrawal procedure and the expediency of further research in this field are made.

**Key words:** Brexit, withdrawal from the EU, Article 50 TEU, withdrawal agreement, legal precedent.

# МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

---

---

УДК 341.492.2

**ГРИНЧАК А. А.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри державного будівництва  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ: ПРАКТИКА МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ТРИБУНАЛУ ДЛЯ КОЛИШНЬОЇ ЮГОСЛАВІЇ

**Анотація.** У статті досліджені рішення Судової й Апеляційної палат міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії щодо злочинів проти людяності. Розкриваються ознаки вказаних злочинів за статутом трибуналу та виходячи з аналізу його практики як таких, що вчиняються в ході збройного конфлікту, міжнародного чи внутрішнього характеру, і спрямовані проти будь-якого цивільного населення. Особливу увагу приділено окремим видам злочинів проти людяності, передбачених ст. 5 Статуту.

**Ключові слова:** міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії, злочини проти людяності.

**Постановка проблеми.** Вперше термін «злочини проти людяності» був ужитий після Другої світової війни. Були створені міжнародні воєнні трибунали ad hoc у Нюрнберзі й Токію, які судили головних воєнних злочинців за злочини проти людства (у Статутах цих трибуналів серед них були зазначені й злочини проти людяності) [1]. Це був прецедент у міжнародному праві. Він дав поштовх для розвитку усього післявоєнного міжнародного права.

Наступним етапом розвитку концепції злочинів проти людяності було створення двох міжнародних трибуналів ad hoc: Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, учинені на території колишньої Югославії з 1991 р. (далі – МКТЮ) [2], і Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідаль-

них за геноцид і інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, учинені на території Руанди, і громадян, відповідальних за геноцид і подібні порушення, учинені на території сусідніх держав, у період із 1 січня до 31 грудня 1994 р. [3].

Актуальність цього дослідження беззаперечно підкреслює той факт, що цього року трибунал завершує свою роботу. Для підведення підсумків 24-річної діяльності МКТЮ 22–24 червня в Сараєво проведено заключну конференцію, де місцеві, регіональні й міжнародні учасники обговорювали різні аспекти правової спадщини МКТЮ, щоб навіть після закриття роботи трибуналу забезпечити доступність досягнень і напрацювань МКТЮ для зацікавлених сторін [4].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Тема злочинів проти людяності завжди викликала неабиякий інтерес у науковців, і в різний час у своїх роботах до неї зверталися такі вітчизняні й зарубіжні провідні вчені, як І. Арцибасов, Ш. Бассіуні, І. Бліщенко, В. Верещетін, Л. Галенська, М. Гнатівський, Б. Грефрат, Н. Зелінська, В. Морріс, А. Ніколаєв, Дж. О'браєн, В. Пелл, Н. Полянський, А. Полторак, П. Рабінович, М. Рагинський, К. Райт, К. Ренделл, Ю. Решетов, В. Розен, В. Саутенет, У. Харріс, Е. Швелб і багато інших. Але окремі аспекти діяльності МКТЮ, зокрема судова практика щодо злочинів проти людяності, недостатньо висвітлені в науковій літературі.

**Метою статті** є аналіз практики Судової й Апеляційної палат МКТЮ щодо злочинів проти людяності (одного з видів злочинів, передбачених його Статутом).

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Швидкість, із якою ООН створювала МКТЮ, зумовлювалася важливістю завдань цього трибуналу. Цей трибунал – унікальний у сучасній історії. Він став першим міжнародним кримінальним трибуналом, який був створений ООН. Його єдиними попередниками були міжнародні воєнні трибунали в Нюрнберзі й Токіо, які були створені за інших обставин і базувалися на моральних і правових засадах, фундаментально відмінних за своєю природою [5].

Завданнями трибуналу є здійснення правосуддя, запобігання вчиненню певних злочинів і сприяння відновленню й підтримуванню миру. Заснування МКТЮ стало правовою відповіддю на вимоги ситуації в колишній Югославії, де у величезних масштабах вчинялися воєнні злочини, геноцид і злочини проти людяності; для засудження за ці категорії злочинів і був створений цей трибунал.

Будучи на той час новітнім інституціональним явищем на міжнародно-правовому рівні, спочатку (у 1994 р.) трибунал зіштовхнувся з деякими практичними невизначеностями й критикою щодо його правової обґрунтованості й ефективності. Але подальша практика трибуналу спростувала ці сумніви. За Статутом МКТЮ здійснює юрисдикцію щодо воєнних злочинів (ст. ст. 2 і 3), геноциду (ст. 4) і злочинів проти людяності (ст. 5). Характерною рисою статуту є відокремлення геноциду від злочинів проти людяності. Як злочини проти людяності у ст. 5 Статуту Югославського



трибуналу вказані: а) вбивства; б) винищення; с) поневолення; d) депортація; е) ув'язнення; f) тортури; g) зґвалтування; h) переслідування з політичних, расових або релігійних мотивів; і) інші нелюдські акти [2].

Стаття 5 Статуту МКТЮ визначає злочини проти людяності як такі, що вчиняються «у ході збройного конфлікту міжнародного чи внутрішнього характеру й спрямовані проти будь-якого цивільного населення» [2]. Статут не дає тлумачення ознак злочинів, перелічених у статті. Судова й Апеляційна палати Трибуналу під час застосування положень Статуту розкривали їхній зміст, сформувавши значну судову практику [6].

Судова практика трибуналу виокремлює три ознаки злочинів проти людяності: а) спрямованість проти цивільного населення, б) організованість і систематичність, в) масштабність дій [7, п. 543]. Також рішення МКТЮ закріплюють положення, що друга й третя ознаки можуть бути альтернативними. Тобто достатньо, щоб акти вчинялися організовано й систематично (винний учинив два й більше тотожних злочини як вираз певної тенденції його поведінки відповідно до заздалегідь розробленого плану чи політики) або масштабно, інакше кажучи, у великих розмірах [29, п. 544]. Організованість, систематичність і/або масштабність свідчить про колективний характер злочинів. Слід пам'ятати, що хоча концепція злочинів проти людяності припускає елемент політики, це не є обов'язковою ознакою таких злочинів. У будь-якому разі така політика необов'язково повинна визначатися державою [29, п. 551–555].

Об'єктом нападу в разі вчинення злочинів проти людяності є саме цивільне населення. Використання терміна «населення» визначає колективну природу злочинів і виключає одиничні чи ізольовані дії, які хоча й можуть становити військові злочини чи злочини за національним кримінальним законодавством, але не досягають рівня злочинів проти людяності. Ті особи, які брали активну участь у конфлікті, не можуть характеризуватися як цивільне населення, а ті, хто активно брав участь у русі опору, можуть кваліфікуватися як жертви злочинів проти людяності.

Сторони конфлікту мають усвідомлювати різницю між цивільним населенням і комбатантами, між цивільними й військовими цілями, і відповідно спрямовувати свої дії тільки проти військових цілей [8, п. 190]. Існує абсолютна заборона нападу на цивільне населення в звичайному міжнародному праві [9, п. 109], що охоплює напади й невибіркового характеру. Конкретні райони або зони не можуть бути визначені як цивільні чи військові. Різниця має бути проведена в кожному випадку між цивільним населенням і комбатантами, а також між цивільними й військовими цілями. Не можна виправдовувати напад на цивільне населення тим, що навколо розташовано багато військових об'єктів.

Масштабність і/або систематичність нападу на цивільне населення є визначальною для дій окремого обвинуваченого й для нападу в цілому. Дії обвинуваченого як частина нападу на цивільне населення не обов'язково повинні відбуватися під час нападу (тобто дії, які вчиняються до або після

основного нападу на цивільне населення чи далеко від нього теж можуть бути частиною цієї атаки) [10, п. 100].

Доведення вини обвинуваченого в учиненні злочинів проти людяності можливе за умови, що він усвідомлював зв'язок його дій із нападом [9, п. 101; 10, п. п. 99, 102, 103; 11, п. п. 248, 251, 271]. Така оцінка проводиться індивідуально щодо кожного випадку. Наприклад, в обставинах, за яких діяння було вчинене так далеко від нападу, що не можна встановити необхідний зв'язок, вважається, що це так званий «ізолюваний акт», а отже, він не може кваліфікуватися як злочин проти людяності [9, п. 101; 10, п. 100].

Злочини проти людяності повинні вчинятися під час збройного конфлікту й бути спрямовані проти будь-якого цивільного населення. Це означає, що повинен мати місце збройний конфлікт, а всі акти мають бути пов'язані з конфліктом географічно й учиняються не за особистими мотивами злочинця. Усе, що вимагається згідно зі ст. 5 Статуту, – щоб масштабний або систематичний напад на цивільне населення був проведений під час збройного конфлікту в Хорватії та/або Боснії й Герцеговині [12, п. 14].

Стала судовою практика підтвердила, що існування збройного конфлікту не є складовою частиною визначення злочинів проти людяності, але є юрисдикційною умовою; дії обвинувачених географічно й у часі пов'язані зі збройним конфліктом, в іншому разі вони не підпадають під юрисдикцію цього трибуналу [10, п. п. 82, 83; 11, п. п. 249, 251; 13, п. 70].

Далі необхідно звернути увагу на деякі особливості окремих злочинів проти людяності.

Для винищення (п. б ст. 5 Статуту) вина обвинуваченого доведена, якщо встановлено намір убивати у великих масштабах або систематично створювати великій кількості людей умови життя, які призвели б до їхньої смерті [14, п. 536; 15, п. п. 259, 260; 16, п. 45]. Ознаки злочину винищення є такими ж, як ті, що потрібні для вбивства як злочину проти людяності, з тією різницею, що під час винищення вчиняються вбивства у великих масштабах [14, п. 536; 15, п. 260; 17, п. 701; 18, п. 261]. Учinenня у великих масштабах є одночасно необхідною характеристикою як об'єктивної сторони, так і суб'єктивної (намір і бажання вбити велику кількість людей) [14, п. 536; 15, п. 259; 16, п. 44; 19, п. 146]. Саме широкомасштабність (massiveness) відрізняє злочин винищення від злочину вбивства [14, п. 536; 15, п. 260; 19, п. 146]. Однак вираз «у великих масштабах» не передбачає необхідність чіткого визначення мінімальної кількості жертв, після чого дії точно можна кваліфікувати як винищення [14, п. 537; 15, п. 260]. Винищення буде й у разі вбивств тисяч осіб, і так само з меншою кількістю вбивств [14, п. 537]. Так, у справі «Lukić and Lukić case» суд підтвердив, що вбивство 59 осіб було достатнім для кваліфікації злочину як винищення [14, п. 543]. Оцінка «великих масштабів» проводиться на індивідуальній основі, з урахуванням обставин, за яких відбувалися вбивства [14, п. 538; 20, п. 63; 21, п. 640; 22, п. 391; 23, п. 57; 24, п. 716]. Також Апеляційна палата визначила, що мають бути встановлені ще й такі фактори: а) час і

місце вбивства; б) вибір жертв і порядку, в якому вбивства були вчинені [14, п. 538]; в) тип жертв [14, п. 542]; г) націленість убивств на колективну групу чи на індивідуальні жертви [14, п. 538]; ґ) щільність населення на території, звідки походять жертви [14, п. п. 539, 542, 543]; але не виключається наявність інших факторів. Ці фактори не є ознаками злочину винищення як злочину проти людяності, а швидше є обставинами, які беруться до уваги й допомагають суду під час установлення ознаки «широкомасштабність» [14, п. 542]. Окремі вбивства можуть бути частиною однієї й тієї ж операції [19, п. 147]. У такому разі повинні враховуватися обставини, в яких вони відбувалися [19, п. 149]. Декілька вбивств, скоєних у різних місцях, у різних обставинах, різними злочинцями, протягом тривалого періоду часу, не можуть розглядатися як злочини, учинені у великих масштабах. У той же час суд може взяти до уваги часові рамки при оцінці вбивств – чи є вони частиною однієї й тієї ж операції [25, п. 1022].

Закон не встановлює чіткі строки, протягом яких має бути вчинене винищення [19, п. 147]. Указані часові рамки беруться до уваги в сукупності з іншими обставинами під час визначення, чи є вбивства частиною однієї операції [19, п. 147; 25, п. 1022]. Так, у справі Брданіна Судова палата в сукупності визнала вбивства, що відбувалися між 22 квітня 1992 р. та 18 грудня 1992 р., як винищення (10 жертв у таборі ув'язнення, 94 жертви в таборі затримання Omarska, 20 постраждалих у таборі Trnopolje, 20 постраждалих у таборі Sanski Most, 4 жертви перед табором Manjača, 190 постраждалих у таборі для ув'язнення Ceraterm, 200 жертв у Korićanske Stijene, 11 постраждалих у початковій школі ім. Петра Кочича, 144 жертви в Biljani, 45 жертв у таборі Teslić) [22, п. п. 436–465, 467, 478, 479].

Іншим злочином проти людяності є переслідування з політичних, расових або релігійних мотивів (п. «h» ст. 5 Статуту МКТЮ). Статут не містить детальнішого визначення переслідування, крім указівки на його дискримінаційний характер. На відміну від геноциду, переслідування не містить конкретного наміру знищити повністю чи частково будь-яку національну, етнічну, расову чи релігійну групу.

Дискримінаційний мотив є ознакою лише переслідування й не притаманний іншим злочинам проти людяності. Він може бути очевидним або встановлюватися на підставі аналізу обставин нападу [26, п. 184]. Наприклад, у справі проти Крнжелача, коли побої наносилися тільки ув'язненим, які не були сербами, зроблено логічний висновок, що побої заподіявалися через політичну або релігійну приналежність жертв, отже, мав місце дискримінаційний мотив [26, п. 186; 27, п. 950]. До речі, майже всі ув'язнені в цьому разі належали до несербської групи, і причиною їхнього затримання стало саме членство в цій групі, тому дискримінаційний характер дій очевидний.

Жертвами переслідувань згідно із загально визнаним міжнародним правом (від якого відштовхується ст. 5 Статуту МКТЮ) можуть бути як цивільні особи, так і військові.

Переслідування може мати різноманітні форми. Не обов'язковим є застосування фізичної сили до людини (убивства, побої тощо). Переслідування з політичних, расових чи релігійних мотивів може виражатись і у формі висилання. І не має значення, відбувалося насильницьке переміщення жертв через державний кордон або в межах території держави [26, п. 218]. Знищення майна, залежно від характеру й ступеня руйнування, теж може бути формою переслідування [9, п. 149]. Наприклад, у справі Купрешкича як переслідування визнані не тільки вбивства з дискримінаційних мотивів, але й руйнування осель і власності боснійських мусульман, їх організоване затримання й вигнання (без убивств) із селища Акмичі (так звані етнічні чистки) тощо [29]. Різниця між цінностями, на які посягають ці злочини, полягає в тому, що заборона вбивства як злочину проти людяності захищає цивільне населення від знищення у великих масштабах (захистити людське життя під час збройного конфлікту), а заборона переслідування має на меті захистити цивільне населення від серйозних форм дискримінації, підтвердити принцип рівності між групами людей.

Статут МКТЮ не вимагає зв'язку злочинів проти людяності з геноцидом і воєнними злочинами. Особа може бути обвинувачена й засуджена за різні злочини, учинивши одну злочинну дію проти однієї жертви. Іншими словами, один акт проти однієї або більшої кількості жертв може одночасно порушувати декілька норм, а отже, може кваліфікуватися як сукупність злочинів. Наприклад, позбавлення життя може бути одночасно і воєнним злочином, і злочином проти людяності. Убивство як злочин проти людяності й убивство як воєнний злочин мають різні ознаки. Для вбивства на порушення законів і звичаїв війни не вимагається спрямованості дій проти цивільного населення як частини широкомасштабної або систематичної політики. Ці злочини посягають на різні інтереси. Тому можлива кваліфікація одного набору фактів і як злочину проти людяності, і як воєнного злочину. Також одні й ті ж дії можуть бути кваліфіковані і як переслідування, як і тортури. Для переслідування є істотною ознакою, відсутня у визначенні тортур, – дискримінаційний мотив дій або бездіяльності. Щодо тортур необхідно довести, що обвинувачений завдавав сильного болю чи страждань людині незалежно від того, були дискримінаційними такі дії, що завдали шкоди жертві, чи ні [28, п. 590].

Наступним злочином проти людяності, передбаченим ст. 5 Статуту МКТЮ, є поневолення. Поняття рабства, визначене у ст. 1 Конвенції про рабство 1926 р., охоплює різні форми рабства, засновані на здійсненні щодо особи будь-якого чи всіх повноважень, притаманних праву власності, результатом чого є певне руйнування особистості; поневолення призводить до знищення правосуб'єктності жертви. Усі можливі форми рабства є поневоленням як злочином проти людяності відповідно до звичаєвого міжнародного права, яке не визнає права власності на людину. Римський статут Міжнародного кримінального суду визначає поневолення як здійснення будь-якого або всіх правочинів, пов'язаних із правом власності, щодо осо-

би, і включає в себе здійснення таких повноважень у ході торгівлі людьми, зокрема жінками й дітьми [30, с. 4].

Під час судового розгляду встановлюється, чи є певний випадок формою поневолення, залежно від виявлених обставин. Про поневолення можуть свідчити такі фактори: контроль над чимось пересуванням, контроль оточуючого середовища, психологічний контроль, заходи, що вживаються для запобігання чи стримування втечі, погрози застосування сили або примусу, тривалість, твердження винятковості, жорстоке поводження й насильство, сексуальний контроль і примусова праця [10, с. 37]. Саме ці фактори характеризують відносини між обвинуваченим і потерпілим.

Відсутність згоди жертви не є необхідною ознакою поневолення. Однак згода може мати значення, коли вирішується питання, чи здійснював обвинувачений будь-які або всі повноваження, пов'язані з правом власності. Якщо обставини унеможлилювали висловлення згоди, то вважається, що згода була відсутня.

Для поневолення необхідно встановити, щоб насильство застосовувалось умисно, спираючись на право власності. Не потрібно доводити, що обвинувачений мав намір утримувати жертву під постійним контролем протягом тривалого часу.

У рішенні Апеляційної палати МКТЮ влучно процитовано позицію Судової палати у справі «США проти Освальда Поля й інших» від 3 листопада 1947 р.: «Рабство може існувати навіть без тортур. Раби можуть бути ситі, добре одягнені й зручно розміщені, але вони, як і раніше, раби, якщо без законних підстав примусово позбавлені свободи. Навіть за відсутності доказів жорстокого поводження, моріння голодом, побоїв та інших варварських дій, але за наявності обов'язкової некомпенсованої праці факт рабства має місце. Немає такого поняття, як доброзичливе рабство. Примусова праця, навіть якщо вона супроводжується гуманним поводженням, є рабством». Усе це в повному обсязі стосується й поневолення [10, с. 37].

Наступний злочин проти людяності, передбачений ст. 5 Статуту МКТЮ, – депортація. Це насильницьке переміщення осіб, які були виселені або зазнали інших форм примусу, з району, в якому вони законно перебували, через державний кордон де-юре або, за певних обставин, кордон де-факто, без підстав, що допускаються міжнародним правом. Для встановлення вини не потрібно, щоб винний мав намір переміщати осіб через кордон на постійній основі.

За певних обставин переміщення через кордон де-факто може бути достатньо для вчинення депортації. Примусове переміщення можливе й у межах державних кордонів [32, п. 474; 33, п. 521; 34, п. 117]. Апеляційна палата відзначає, що стаття 2 (d) Статуту МКТЮ, ст. ст. 49 і 147 Женевської конвенції IV, стаття 85 (4a) Додаткового протоколу I і стаття 18 Проекту кодексу злочинів проти миру й безпеки людства засуджують насильницьке переміщення [29, п. 566; 33, п. 523].

Передбачене у статті 5 (е) Статуту МКТЮ ув'язнення як злочин проти людяності слід розуміти як довільне позбавлення волі особи без належної законної процедури, у рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення [16, п. п. 78, 79].

Наступний злочин відповідно до ст. 5 – катування (тортури). Це дії або бездіяльність, що призводять до сильного болю чи фізичних або психічних страждань. Проте у статті немає конкретних вимог, які дозволяють вичерпно класифікувати та перелічити діяння, що можуть являти собою тортури. Прецедентне право не визначає ступінь болю, необхідний для тортур. Суд може зробити висновок про те, що страждання й біль були завдані жертві, на підставі аналізу дій винного навіть без медичних висновків. Наприклад, судовою практикою було встановлено, що сексуальне насильство неминуче призводить до сильного болю чи страждань і, таким чином, є проявом тортур [35, п. 480]. Згвалтування й інші форми сексуального насильства щодо жінок, які тримаються під вартою, були особливо ганебним порушенням гідності та права на фізичну недоторканність особи й визначалися як катування [35, п. п. 475–493].

Апеляційна палата МКТЮ у своїх рішеннях підтвердила положення, закріплене міжнародним правом, згідно з яким кримінальній відповідальності за катування підлягають особи незалежно від того, чи були вони в статусі державної посадової особи під час здійснення тортур [10, п. 148].

Обов'язковою ознакою катування є намір винного діяти таким чином, щоб викликати сильний біль або фізичне чи психічне страждання у своїх жертв. Навіть якщо мотиви злочинця були лише сексуальними, це не означає, що він не мав наміру вчинити катування чи що його поведінка не викликає сильний біль або страждання, оскільки такий біль або страждання є ймовірним і логічним наслідком його поведінки.

Ще один злочин, передбачений у ст. 5 (g) як злочин проти людяності – згвалтування. За міжнародним правом згвалтування передбачає сексуальне проникнення в піхву або анальний отвір потерпілого статевому органу виконавця чи будь-якого іншого предмета, який використовується виконавцем або до рота потерпілого статевому органу злочинця, і таке сексуальне проникнення відбувається без згоди жертви. Наявність чи відсутність згоди жертви щодо таких дій оцінюється з урахуванням інших обставин справи [36, п. 460]. Постійний опір потерпілого є безумовним свідченням небажаності подібних дій гвалтівника, вочевидь, зрозумілим для останнього [10, п. 128]. Суб'єктивна сторона злочину передбачає наявність умислу здійснити сексуальне проникнення й знання того, що це відбувається без згоди жертви [36, п. 460].

Щодо значення насильства в згвалтуванні, то сила чи загроза застосування сили забезпечує чіткі докази відсутності згоди потерпілого, але насильство не є обов'язковою ознакою згвалтування [36, п. 458]. Зокрема, є фактори (крім сили), які свідчать, що акт сексуального проникнення є неузгодженим або недобровільним із боку жертви. Так, не тільки використання зброї чи сили, а й загроза помсти в майбутньому жертві чи будь-

якій іншій особі є достатнім свідченням сили, поки в злочинця є реальна можливість виконати загрозу [36, п. 438].

Останніми у ст. 5 (і) як злочини проти людяності передбачені інші антигуманні дії. Формулювання «інші антигуманні акти» є занадто загальним, що суперечить принципу визначеності кримінального закону. Ці дії були виділені для того, щоб злочини проти людяності не були вичерпно перелічені, бо це створило б для винних можливість ухилення від відповідальності. Такий підхід виправдовується тим, що під час створення переліку заборонених дій важко передбачити уяву майбутніх злочинців, які зажають задовольнити свої тваринні інстинкти. Така форма гнучка і в той же час точна. Можливі конкретні прояви цих злочинів проти людяності встановлювалися практикою. Так, в Апеляційному рішенні у справі Кордіча зазначено, що «інші антигуманні дії мають місце, якщо жертва відчуває серйозні тілесні чи психічні страждання, ступінь яких устанавлюється відповідно до обставин індивідуально в кожній справі» [34, § 117].

Антигуманні дії як злочин проти людяності за ст. 5 МКТЮ й жорстоке поведження як воєнний злочин за ст. 3 цього ж Статуту відрізняються. Якщо не встановлено їхню систематичність і/або широкомасштабність, то жорстоке поведження кваліфікується як злочин проти правил і звичаїв війни. В іншому разі такі дії відповідають визначенню злочинів проти людяності. Наприклад, у справі Купрешкича серед пунктів звинувачення були зазначені вбивство сім'ї в Акмічі та жорстоке поведження щодо жертви, на очах якої він убивав її родину, як два окремих злочини. Уся родина – жертва вбивства, а свідок, на очах якого це робили – жертва жорстокого поведження [29].

Підводячи підсумки роботи МКТЮ, можна навести таку статистику: 154 обвинувачених, розгляд справ щодо яких завершено; 37 справ припинені (або через зняття обвинувальних висновків, або через те, що обвинувачений помер до або після передачі в Трибунал); тривають слухання у 2 справах щодо 7 обвинувачених (у Судовій платі – розгляд справи щодо Златко Младича, а в Апеляційній палаті справи Ядранка Прлича і ще 5 обвинувачених заплановані на листопад 2017 р.); 28 осіб стали суб'єктами процедури розгляду так званих «contempt cases» [38].

Проте найбільшим успіхом Югославського трибуналу, на нашу думку, є той факт, що перед судом постав лідер колишньої Югославії Слободан Мілошевич, що довело відсутність імунітетів незалежно від офіційного положення. Екс-президент обвинувачувався за чотирма пунктами, що підпадають під визначення злочинів проти людяності й порушення законів і звичаїв війни: депортація як злочин проти людяності; убивство як злочин проти людяності; убивство як порушення Женевських конвенцій; переслідування з політичних, расових і релігійних мотивів як злочин проти людяності.

По одному обвинувальному висновку з ним проходили також президент Сербії Мілан Милутинович, колишній віце-прем'єр уряду Югославії Микола Шаїнович, колишній міністр оборони Югославії Драголюб

Ойданич і колишній міністр внутрішніх справ Сербії Влайко Стоїлькович. Усі п'ятеро брали участь у плануванні кампанії терору й насильства проти мирного населення Косово, підбурювали до неї і здійснювали керівництво злочинними діями в її рамках. Їм ставилося в провину вигнання з Косово 740 тис. і вбивство більше ніж 340 мирних жителів албанського походження, імена яких містяться в обвинувальному висновку [37].

**Висновок.** Треба підкреслити безумовно значний вплив діяльності МКТЮ на розвиток міжнародного гуманітарного й кримінального права та міжнародної кримінальної юстиції. Практика суду заповнила правові прогалини щодо окремих міжнародних злочинів і злочинів проти людяності й стала вагомим чинником під час розроблення Статуту Міжнародного кримінального суду, спеціального суду по Сьєра-Леоне й інших судових установ. Діяльність МКТЮ довела, що міжнародна кримінальна юстиція є ефективною й прозорою [39], а визначення злочинів проти людяності розкривається в інших міжнародних документах з урахуванням усіх надбань і досягнень МКТЮ.

#### *Література:*

1. Проект кодексу злочинів проти миру і безпеки людства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_4\\_1996.pdf&lang=EF](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf&lang=EF).
2. Статут Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (доповнений) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/file/Legal Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf).
3. Статут Міжнародного трибуналу по Руанді (1994) // Моск. журн. міжнарод. права. – 1996. – № 1. – С. 227–238.
4. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unmict.org/en/about>.
5. Маєвська А. Злочини проти людяності: міжнародно-правовий аспект: дис... канд. юрид. наук / А. Маєвська. – Харків, 2002. – С. 14–27.
6. Каталог справ МКТЮ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/en/action/cases/4>.
7. Objective and Subjective Elements of the Crimes Under Article 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e-5.htm>.
8. Galić Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/gal-acjud061130.pdf>.
9. Blaškić Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>.
10. Kunarac et al. Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>.
11. Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999 (“Tadić Appeal Judgement”) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.
12. Decision on the Interlocutory Appeal Concerning Jurisdiction, 31 August 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/seselj/acdec/en/040831.htm>.



13. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.
14. Lukić and Lukić Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/milan\\_lukic\\_sredoje\\_lukic/acjug/en/121204\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/milan_lukic_sredoje_lukic/acjug/en/121204_judgement.pdf).
15. Stakić Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>.
16. Stanišić and Župljanin Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/zupljanin\\_stanisicm/tjug/en/130327-1.pdf](http://www.icty.org/x/cases/zupljanin_stanisicm/tjug/en/130327-1.pdf).
17. Popović et al. Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/popovic/acjug/en/150130\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/popovic/acjug/en/150130_judgement.pdf).
18. Kvočka et al. Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>.
19. Tolimir Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/tolimir/acjug/en/150408\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tolimir/acjug/en/150408_judgement.pdf).
20. Martić Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>.
21. Stakić Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>.
22. Brđanin Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>.
23. Blagojević and Jokić Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/blagojevic\\_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf).
24. Krajišnik Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>.
25. Stanišić and Župljanin Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/zupljanin\\_stanisicm/acjug/en/160630.pdf](http://www.icty.org/x/cases/zupljanin_stanisicm/acjug/en/160630.pdf).
26. Krnojelac Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>.
27. Kordić and Čerkez Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf).
28. Naletilić and Martinović Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/naletilic\\_martinovic/acjug/en/nal-aj060503e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/acjug/en/nal-aj060503e.pdf).
29. Kupreskic Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e-5.htm>.
30. Римський статут Міжнародного кримінального суду, прийнятий в Римі 17 липня 1998 (PCNICC /: 1999 / INF.3, 17 серпня 1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.icc-cri.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>.
31. Конвенція про рабство [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_857](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_857).
32. Krnojelac Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>.
33. Krstić Trial Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>.
34. Kordić Appeal Judgement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf).

35. Čelebići Trial Judgement [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/>.
36. Kunarac Trial Judgement [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.
37. Slobodan Milosevic Case [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.icty.org/case/slobodan\\_milosevic/4#tjug](http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4#tjug).
38. Дайджест МКТЮ №160 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.icty.org/x/file/About/ReportsandPublications/ICTYDigest/2017/icty\\_digest\\_160\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/ReportsandPublications/ICTYDigest/2017/icty_digest_160_en.pdf).
39. Підсумки і рекомендації конференції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icty.org/sites/icty.org/files/170624-conclusions-and-recommendations-sarajevo-legacy-conference.pdf>.

**Гринчак А. А. Преступления против человечности: практика международного уголовного трибунала по бывшей Югославии**

**Аннотация.** В статье исследуются решения Судебной и Апелляционной палат международного уголовного трибунала по бывшей Югославии относительно преступлений против человечности. Раскрываются признаки указанных преступлений по уставу трибунала и исходя из анализа его практики, совершаемых в ходе вооруженного конфликта международного или внутреннего характера и направленных против любого гражданского населения. Особое внимание уделено отдельным видам преступлений против человечности, предусмотренных ст. 5 Устава.

**Ключевые слова:** международный уголовный трибунал для бывшей Югославии, преступления против человечности.

**Grynchak A. Crimes against humanity: practice of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**

**Summary.** The article examines the decisions of the Trial and Appeal Chambers of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia concerning crimes against humanity. The elements of these crimes are analyzed according to the statute of the tribunal and based on an analysis of its practice. The definition of crimes against humanity is described as “when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population”. Special attention is paid to the characteristics of crimes against humanity, namely: orientation against the civilian population, organization and systematic or massiveness of actions. Main attention is focused on the types of crimes against humanity under the Article 5 of the Statute, namely: murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecutions on political, racial and religious grounds; other inhumane acts. After analyzing numerous judgements, it can be concluded that ICTY has made a rich contribution to the development of international humanitarian law, in particular with respect to non-international armed conflict, and has filled legal gaps regarding definitions of international crimes, in particular crimes against humanity. The Tribunal has identified a general prohibition of torture in international law which cannot be derogated from by a treaty, internal law or otherwise. It was determined that enslavement and persecution constitute crimes against humanity. The Tribunal’s work and achievements have inspired the creation of other international criminal courts, including the International Criminal Tribunal for Rwanda, the Special Court for Sierra Leone and the International Criminal Court.

**Key words:** international criminal tribunal for the former Yugoslavia, crimes against humanity.

УДК 343.34

**КОПОТУН І. М.,**  
доктор юридичних наук, професор,  
заслужений юрист України,  
проректор із навчальної роботи  
Інституту Служби зовнішньої розвідки України

**ЖОЛТАНІ М. І.,**  
здобувач кафедри кримінального права  
Інституту права імені Володимира Сташиса  
Класичного приватного університету

## МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

**Анотація.** У статті досліджуються проблеми, які вирішуються правоохоронними органами під час розслідування злочинів, наприклад, міжнародний тероризм, організована транснаціональна злочинність, торгівля людьми, незаконна міграція, наркобізнес, торгівля зброєю та ін., що становлять небезпеку не тільки для окремих держав, але й для всього людства, і потребують спільних зусиль і повсякденного співробітництва правоохоронних органів.

**Ключові слова:** оперативно-розшукова діяльність, міжнародне співробітництво, міжнародні угоди.

**Постановка проблеми.** Питання повсякденного співробітництва правоохоронних органів щодо розслідування та попередження злочинів, що становлять небезпеку державам і потребують зусиль і співробітництва правоохоронних органів, є важливими і потребують вирішення.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Останнім часом співробітництво в оперативно-розшуковій діяльності досліджували О.М. Бандурка, О.М. Джужа, Ю.Ю. Орлов, І.В. Сервецький, В.Г. Уваров, М.А. Дмитренко тощо. У працях вони ставили акцент на правових основах міжнародного співробітництва в оперативно-розшуковій діяльності.

**Метою статті** є розгляд міжнародного співробітництва в оперативно-розшуковій діяльності.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Проблема злочинності сьогодні набуває зростаючого глобального характеру. Злочинність практично в усіх країнах світу перетворюється на серйозну перешкоду на шляху їх соціально-економічного, політичного й культурного розвитку, істотно знижуючи рівень життя населення, що викликає необхідність спільного

пошуку оптимальних форм співробітництва для вирішення цієї проблеми. Наразі правоохоронні органи зіткнулися з такими видами злочинів, як міжнародний тероризм, організована транснаціональна злочинність, торгівля людьми, незаконна міграція, наркобізнес, торгівля зброєю та ін., що становлять небезпеку не тільки для окремих держав, але й для всього людства, і потребують спільних зусиль і повсякденного співробітництва правоохоронних органів.

Можна виділити такі основні форми співробітництва держав в оперативно-службовій діяльності:

- обмін оперативно-розшуковою, правовою й іншою інформацією;
- профілактика, розкриття та розслідування злочинів, стосовно яких укладені спеціальні угоди між державами;
- розшук і затримання злочинців на підставі договірних відносин або разових звернень однієї держави до іншої;
- видача злочинців іншій державі або міжнародному органу для кримінального переслідування;
- передача осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбуття покарання в державі, громадянами якої вони є, або до країни, де вони постійно проживають;
- передача органам іншої держави нагляду за умовно засудженими правопорушниками;
- захист прав і свобод громадян однієї держави під час здійснення правосуддя в іншій країні;
- спільне вивчення причин та інших проблем злочинності, а також обмін досвідом роботи поліцейських та інших органів;
- підготовка кадрів, надання експертних послуг, постачання спеціальних науково-технічних засобів і надання матеріально-технічної допомоги іншим державам.

Міжнародне співробітництво в оперативно-розшуковій діяльності повинне здійснюватися при дотриманні державного суверенітету, національного законодавства, невтручання у внутрішні справи держав, дотриманні інших основних принципів міжнародного права. У якості спеціальних аспектів співробітництва можна виділити невідворотність відповідальності за вчинені міжнародні кримінальні злочини; гуманізм стосовно потерпілих, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, захист державою прав громадян за кордоном; спрямованість оперативно-розшукової діяльності при міжнародному співробітництві тільки на кримінальні злочини й осіб, які їх учинили, і невтручання в політичну, релігійну чи іншу громадську діяльність [1].

Під правовою допомогою в кримінальних справах слід розуміти форму співробітництва держав у боротьбі зі злочинністю, що виявляється у виконанні на підставі взаємно дозволених за національними законами й міжнародними угодами заходів із виявлення та розкриття злочинів, їх розслідування й судового розгляду, а також реалізації вироків та інших рішень.

Поняття «правова допомога» вживається в двосторонніх і багатосторонніх договорах, що укладаються між державами з метою врегулювання цивільних і кримінально-правових відносин. Під міжнародною взаємодопомогою в оперативно-розшуковій діяльності слід розуміти відносини взаємного співробітництва між державами в галузі кримінального судочинства, що полягають у використанні на підставі міжнародних угод і національного законодавства визначених дій, необхідних для здійснення іноземною державою правосуддя в конкретній справі.

Міжнародне співробітництво в рішенні проблем, що стосуються прав і інтересів усіх держав і народів, є об'єктивною необхідністю. Правова допомога іноземним державам у кримінальних справах – це одна з форм міжнародного співробітництва. Нині є значна кількість міжнародних договорів про правову допомогу й правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах, які є основою правового співробітництва між державами, їх можна поділити на дві категорії:

1) укладені СРСР; діють в Україні як такі, що зберегли свою юридичну чинність у порядку правонаступництва;

2) підписані від імені суверенної, незалежної держави України. Такий поділ виник на сучасному етапі. В умовах, коли міжнародне співробітництво правоохоронних органів України розвивається в різних напрямках, принципового значення набувають питання видачі злочинців. Україна не має спеціального закону про видачу злочинців і керується двосторонніми угодами або окремими домовленостями про передачу конкретних злочинців. Відносини в питаннях видачі злочинців ґрунтуються, як правило, на умовах взаємності й на підставі двосторонніх угод між державами. Проте існують декілька багатосторонніх конвенцій про видачу злочинців, серед них – Європейська конвенція про видачу злочинців 1975 р.; Гарвардський проект про видачу злочинців; Конвенція про застосування терміну давності до військових злочинців і злочинів проти людства 1968 р.; Гаазька конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден 1970 р. та ін.

Одним із перших таких договорів із міжнародного співробітництва був Ам'єнський договір 1802 р., який уклали Франція, Іспанія, Голландія та Великобританія у справах про фальшування грошей, банкрутство й убивство. У ньому вказуються принципи «подвійної злочинності», або «подвійного зобов'язання», відповідно до яких особа підлягає видачі, лише якщо скоєне нею діяння кваліфікується як злочин за законодавством тієї держави, що запитує, і держави, яку запитують.

Крім цього, у кримінальних законах обох держав за злочини, що тягнуть за собою видачу злочинця, має бути передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк від одного року й більше. Бездоговірна видача злочинців можлива за розсудом держави відповідно до її національного законодавства або на підставі принципу взаємності.

Видача осіб – це особливий вид правової допомоги, що пов'язується, як правило, зі взяттям під варту особи, яка видається. Унаслідок цього ви-

дача порушує не тільки інтереси держави, але й важливі інтереси окремих осіб. Цим зумовлена детальна регламентація як підстав, так і процедури видачі, що міститься в договорах. Договори зобов'язують державу, до якої звернена вимога, негайно вчинити заходи для взяття під варту особи, яку потрібно видати. Винятком є ті випадки, коли видача не може мати місця [2].

Наприклад, у видачі може бути відмовлено, якщо:

– злочин був скоєний на території України або на водному чи повітряному судні України;

– особа, якої стосується звернення про видачу, є громадянином України або користується в Україні правом захисту;

– за законом держави, що звернулася з проханням про видачу, злочин карається позбавленням волі на термін до одного року, або більш м'яким покаранням, або особа вже засуджена до покарання, що не перевищує цього покарання;

– за законодавством України злочин підлягає переслідуванню в порядку приватного обвинувачення;

– держава, що звернулася з проханням про видачу, не забезпечує в цій сфері взаємності;

– щодо особи, яку вимагають видати, ведеться в Україні кримінальне розслідування, або воно велося й закінчене припиненням справи чи винесенням вироку.

У цих випадках звернення про видачу може бути відкладене до закінчення кримінального розслідування у справі цієї особи або до відбуття нею призначеного покарання, або звільнення від нього.

Аналіз тексту договорів дозволяє дійти висновку, що слідчо-судові й оперативно-розшукові органи не повинні виносити власну постанову або призначення про арешт особи, яка підлягає видачі, а прийняте рішення про затримання й видачу не потребує санкції суду. Договори вказують, що серед документів до вимоги про видачу насамперед надається оригінал або засвідчена копія постанови про арешт. Значення договорів у цій частині полягає в тому, що прийняте в установленому порядку компетентним органом іноземної держави рішення про взяття під варту певної особи розглядається в Україні в якості законної підстави для прийняття саме такого запобіжного заходу стосовно цієї особи [3].

У цей час договори мають передбачати додаткові гарантії як проти необґрунтованої видачі, так і проти необґрунтованого арешту за вимогою іноземної держави. Так, договори встановлюють, що в разі виникнення сумнівів, чи дійсно був скоєний злочин, що спричинив видачу, або якщо вимога про видачу не містить усіх необхідних даних, то держава, до якої звернена вимога, може запросити додаткові відомості, для чого встановлюється термін до двох місяців. Цей термін може бути продовжений, але за наявності серйозних підстав і тільки за клопотанням держави, яка висуває вимогу. Якщо в установлений термін додаткові відомості подані не будуть, то держава, до якої звернена вимога, може не брати особу під варту або звільнити її.

Із проголошенням незалежності України перед нею виникли питання про створення власної договірно-правової бази з різних питань міжнародного співробітництва, зокрема у сфері кримінально-правових відносин. Однією з проблем, яка перед Україною, було її ставлення до угод і договорів про взаємну правову допомогу колишнього СРСР. Так, Декларація про суверенітет України й Акт про проголошення незалежності України надали Україні статус незалежної держави, що самостійно визначає й здійснює свою внутрішню й зовнішню політику в усіх сферах життя, особливо в економічній, політичній, соціальній і правовій сферах.

Розвиток міжнародних зовнішньоекономічних, політичних, культурних, побутових відносин, курс на побудову в Україні відкритого демократичного суспільства, перехід народного господарства до ринкових відносин, державне сприяння діловим, культурним і особистим контактам зумовили постійне збільшення потоку іноземних громадян в Україну й громадян України в інші держави, що неминуче потягло за собою збільшення ситуацій, які потребували правового регулювання.

У Декларації про державний суверенітет Україна заявила, що вона віддає перевагу загальнолюдським цінностям і нормам міжнародного права перед нормами національного законодавства. Цей принцип на законодавчому рівні наша держава закріпила в Конституції й визначила, що чинні міжнародні договори, на обов'язковість яких дала згоду Верховна Рада України, є частиною національного законодавства України.

Відповідно до Закону України «Про дію міжнародних договорів на території України» від 10.12.1991 р. укладені Україною й належним чином ратифіковані міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства й застосовуються в порядку, передбаченому для норм законодавства України. У силу ст. 7 Закону України «Про правонаступність України» від 12.09.1991 р. були підтверджені зобов'язання нашої держави за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України. Відповідно до цього Закону Україна є правонаступницею прав і обов'язків міжнародних договорів Союзу РСР, що стосуються її території, відповідають її інтересам і не суперечать Конституції України [4].

Незважаючи на незмінність давніх договірних форм і головної мети договорів про взаємну допомогу, вони з проголошенням незалежності України отримали новий зміст, що враховує не тільки наявні відносини між державами, але й тенденції їхнього розвитку, що сприяє стабільності й ефективному застосуванню їхніх положень у нових умовах.

У сфері кримінально-правових відносин міжнародний договір є правовою основою не тільки міжнародного співробітництва, але й формою регулювання внутрішньодержавних кримінально-правових, кримінально-процесуальних відносин і оперативно-розшукової діяльності, яка їх обслуговує. Особливо це стосується міжнародних актів про взаємодопомогу в кримінальних справах, застосування яких передбачено ст. 31 Кримінального процесуального кодексу України.

**Висновки.** Таким чином, викладені у статті питання становлять правову основу оперативно-розшукової діяльності в Україні, знання якої поглибить і розширить інформаційний простір про всі законодавчі акти, які стосуються оперативно-розшукової діяльності.

*Література:*

1. Бандурка О.М. Оперативно-розшукова діяльність. Частина 1 : [підручник] / О.М. Бандурка. – Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – 336 с.
2. Джужа О.М. Законодавче регулювання оперативно-розшукової діяльності: деякі проблеми / О.М. Джужа, Ю.Ю. Орлов // Право України. – 2006. – № 6. – С. 79–81.
3. Сервецький І.В. Науково-практичний коментар Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» / І.В. Сервецький. – К. : Парламентське вид-во, 2000. – 208 с.
4. Уваров В.Г. Правові основи оперативно-розшукової діяльності / В.Г. Уваров // Вісник нац. університету внутр. справ. – 2004. – № 28. – С. 75–81.

**Копотун И. Н., Жолтани Н. И. Международное сотрудничество в оперативно-розыскной деятельности**

**Аннотация.** В статье рассматриваются проблемы, которые решаются правоохранительными органами во время расследования преступлений, являющихся опасными для государства и требующих общих усилий и постоянного сотрудничества правоохранительных органов.

**Ключевые слова:** оперативно-розыскная деятельность, международное сотрудничество, международные договора.

**Kopotun I. Zholtani N. International cooperation is in operational investigation activity**

**Summary.** In this article we study the problems that the law enforcement agencies deal with during the crime investigation. In particular these crimes are transnational terrorism, transnational organized crime, human trafficking and some other problems that threaten not only a single state, but the whole humanity, and these problems need common effort and daily cooperation of the law informant agencies.

**Key words:** operational investigation, international cooperation, international treaties.



УДК 341.492.1/341.491

**НІКОЛАЄНКО Т. Б.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
докторант Національної академії  
Державної прикордонної служби України  
імені Богдана Хмельницького

## ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ ДОСЛІДЖЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН ЩОДО НОРМАТИВНОСТІ ВРЕГУЛЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ

**Анотація.** У статті досліджуються особливості конструювання законодавчих норм у сфері регулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців з урахуванням приналежності до відповідної правової системи. Аналіз кожної з них сприяв формуванню авторського бачення щодо правових тенденцій з урегулювання військово-правових відносин у цілісності існування кримінального права чи його комплексності в якості самостійної галузі права.

**Ключові слова:** комплексність нормативного врегулювання, приналежність до правової сім'ї, особливості розвитку національного законодавства, кримінальна відповідальність військовослужбовців.

**Постановка проблеми.** Європейський вибір українського народу, його невтомна боротьба за побудову оновленої системи відносин між громадянами, суспільством і державою визначили пріоритети подальшого її розвитку. Революція Гідності, боротьба за свободу створили нову ідею – ідею гідності, свободи та майбутнього. Україна увійшла в нову епоху історії, епоху, де український народ отримав унікальний шанс побудови нової держави. Ратифікація Угоди про асоціацію стала інструментом для подальших перетворень держави, її дороговказом для членства. Упровадження європейських стандартів, необхідність виходу України на провідні позиції у світі визначили мету її стратегії та подальшого розвитку на майбутнє. Забезпечення сталого розвитку, гарантій безпеки держави, проведення структурних реформ, здатності захистити кордони та забезпечити мир як на своїй території, так і в європейському регіоні стали провідними векторами її реалізації. Реформа системи національної безпеки й оборони, судова реформа, реформа правоохоронної системи визнавалися першочерговими. Підвищення обороноздатності держави, реформування Збройних

Сил України (далі – ЗСУ) та інших військових формувань України, розвиток оборонно-промислового комплексу, оновлення доктринальних і концептуальних підходів до забезпечення національної безпеки визначалися як напрями його реформування. Проте без реалізації принципів верховенства права неможливі визначені в межах судової реформи та системності оновлення чинного законодавства, відповідність вимогам європейської системи цінностей і стандартів захисту прав людини [1]. І як зазначив С. Дукару, вони є доволі глибокими, направлені на євроатлантичну інтеграцію, спрямовані на такий високий рівень практичної співпраці України з Євросоюзом, якого до цього ніколи не було [2]. Але судити про їхню ефективність можна лише в комплексному підході.

Будь-яке пізнання неможливе в ізоляції. Воно має досягатися через призму вивчення іншого досвіду. Урахування інших позицій, специфіки регулювання їх особливостей надаватиме об'єктивності наявним проблемам і допомагатиме обирати ефективніші шляхи їх вирішення. Навіть за умови дуже доброго знання власного права вивчення специфічних рис інших систем здатне озброїти юриста унікальними ідеями й аргументами [3, с. 8]. Урахування іноземного досвіду є необхідним заходом. Будь-яка нація повинна вчитися в інших, переймати найкращий досвід, найцінніше. Але при цьому не слід втрачати власної автентичності. Слепе копіювання іноземного може призвести до катастрофічних результатів, негативних наслідків і непоправних помилок. Усе має бути адаптоване до вітчизняного законодавства з урахуванням його особливостей розвитку, становлення та специфічності національної ідеї й менталітету. Запровадженню нового має передувати насамперед ґрунтовне вивчення власного досвіду, його реалій і вимог сучасності. Випробуваний часом досвід, з погляду практики закордонного існування, з умілим поєднанням кожного, на канві власного законодавства сприятиме лише його власному розквіту й удосконаленню.

Дослідження питань військової безпеки, політики у сфері забезпечення національної безпеки, особливо в умовах руйнування системи світової та регіональної безпеки, принципів міжнародного права на фоні окупації частини території України, зумовлює перегляд доктринальних положень щодо формування та реалізації воєнної політики.

Зміцнення Української держави, створення якісно нової політики щодо захисту національних інтересів, утвердження прав і свобод людини й громадянина сприяло перегляду подальшого реформування системи національної безпеки й оборони. На міжнародно-політичній арені, в умовах нестабільної глобальної системи безпеки із забезпеченням стримування триваючої збройної агресії, питання розвитку сектора безпеки й оборони набувають актуальності. У межах адекватного та гнучкого реагування на постійні загрози, належного забезпечення та необхідності комплексного вдосконалення чинного законодавства з питань національної безпеки й оборони, професіоналізації сектору безпеки й оборони, реформування ЗС – у пріоритеті цієї сфери [4].

Як і в будь-якій державі, в Україні на ЗС покладаються основні зусилля щодо оборони, захисту суверенітету й територіальної цілісності, забезпечення стримування будь-якої збройної агресії та її відсічі, охорони території в її межах. На засадах вірності конституційному обов'язку та військовій присязі, верховенства права, єдиноначальності, постійної бойової та мобілізаційної готовності, додержання військової дисципліни на органи військового управління, командирів і начальників усіх рівнів покладається забезпечення їх дотримання. Цілісність реалізації зумовлює формування тенденцій конструювання національної правової системи. Досвід світової практики із забезпечення надійної охорони військового правопорядку в контексті сучасних правових систем, фактичного стану ЗС у їх політичній системі законодавчого регулювання стане в пригоді.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** В юридичній літературі проблемам забезпечення надійної охорони військового правопорядку в державі неодноразово приділялося достатньо багато уваги. Особливе становище держави в умовах сьогодення актуалізувало цей аспект. Увага вчених здебільшого сконцентрована на аспектах урегулювання питань підготовки військових фахівців з урахуванням досвіду антитерористичної операції в східних областях держави та напрямів їх удосконалення. Крізь призму кримінально-правового та кримінально-виконавчого дослідження вони не отримали достатнього висвітлення. Праці російських дослідників (Х.М. Ахметшина, В.В. Сивово, О.К. Зателепина, Н.Ф. Кузнецової, А.І. Лукашової, А.А. Толкаченка, В.П. Щербакова) знайшли своє життєве втілення. Хоча й вітчизняні вчені (І.Г. Богатирьов, М.І. Хавронюк та ін.) частково зверталися до цих питань.

Тому в українських наукових працях наявні доволі великі прогалини із цих питань. Особливо це стосується правових аспектів нормативного врегулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців крізь призму досвіду інших держав.

**Метою статті** є аналіз законодавства різних країн світу щодо нормативного врегулювання аспектів кримінальної відповідальності військовослужбовців крізь призму приналежності до правової сім'ї з особливостями закономірностей розвитку власного законодавства.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** У світовій практиці конструювання законодавчих норм у сфері регулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців доволі диференційоване. Дослідження різних аспектів її формування, реалізація та сутність права через призму теоретичної конструкції, що охоплює цілісність і системність аналізу внутрішніх і зовнішніх відносин правового явища, неможливе без комплексного аналізу всієї правової сфери життя суспільства з виявленням найсуттєвіших закономірностей, що складаються між її частинами та у взаємодії з іншими суспільними явищами, а правова система, сформована під впливом об'єктивних закономірностей розвитку суспільства із сукупністю всіх його правових явищ, є його складовою частиною. Формування її в межах

держави чи соціальних систем різних країн, із диференційованим ступенем розвитку, за кількісними та якісними критеріями, під впливом об'єктивних історичних чинників, із різноманітністю елементів має доволі стійкий характер. На тлі існування великої кількості систем, із різнобарвністю характеру національної специфіки виникла їх класифікація на групи за певними критеріями. Єдність генезису, спільність форм права та їх співвідношення, ідеологічні основи й принципи, юридична техніка та схожість юридичних установ і юридичної практики, національно-історичні, техніко-юридичні та конкретно-географічні особливості, правова свідомість і культура суспільства мала на це значний вплив, а переслідування мети встановлення типової та сімейної приналежності, з поєднанням загальних ознак, елементів схожості та специфічних ознак національної правової системи зумовили їх уніфікацію.

Одні вчені визначили конструювання законодавчих норм у сфері регулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців у системі романо-германської, англо-американської, традиційної правової, релігійної правової та соціалістичної правової сім'ї; інші – як прецедентний, нормативно-актний, релігійний і звичаєво-традиційний тип правової сім'ї; треті, поряд із романо-германською (континентальною) і англосаксонською (англо-американською) правовими сім'ями виокремлюють релігійно-традиційну, звичаєво-общинну та далекосхідно-традиційну правові системи. Не заперечуючи важливість кожної з них, з індивідуалізацією типології за диференційованими критеріями визначення, приєднаємося до позиції класифікації правових сімей за критеріями на романо-германську, англо-американську, релігійну правову та соціалістичну.

Законодавство у сфері регулювання кримінально-правових і кримінально-виконавчих відносин у разі вчинення військовослужбовцями протиправних злочинних діянь на тлі чіткості структуризації, пріоритетності нормативно-правового акта як основного джерела права, відрізняється тісним взаємозв'язком його застосування із законодавством у сфері регулювання порядку проходження військової служби (військового законодавства) і загальними нормами національного законодавства у сфері регулювання кримінально-правових і кримінально-виконавчих відносин. Система військових злочинів і порядок виконання покарань регулюється відповідними Кримінальними кодексами, спеціальними кодексами та самостійними нормативними актами в цій сфері.

Так, країни континентальної правової сім'ї відрізняються доволі розгалуженою системою регулювання таких відносин. Зумовлені історичними передумовами виникнення, вони концентруються в межах спеціальних законів із відокремленістю джерел військового (військово-пенітенціарного) права, наприклад, як у Франції та Німеччині. Відповідний баланс інтересів правосуддя та дисципліни визначається з урахуванням конкретної обстановки та потреб військової дисципліни. Специфіка військового правосуддя виникла ще за часів переходу від феодального ополчення до постійної

армії. Зі створенням постійної королівської армії, із розвитком військових правовідносин кримінальне законодавство поступово отримувало низку правових норм із розгалуженістю їх регулювання, що в подальшому викликало потребу їх кодифікування. У 1857 р. був прийнятий перший Кодекс військової юстиції Франції з комплексністю регулювання військових правовідносин нормами матеріального та процесуального характеру. Хоча тогочасні військово-кримінальні кодекси інших держав цим не відрізнялись, техніка його регулювання була прийнятною для англосаксонської системи права. Нині цей Кодекс продовжує зберігати тенденцію цілісності системи військової юстиції. Судові органи ЗС призначають покарання військовослужбовцям, керуючись принципами та нормами, прийнятими для судів загальної юрисдикції. Для країн Європи, держав колишніх колоній Франції військово-кримінальні кодекси, на кшталт Кодексу військової юстиції Італії чи Португалії, відрізняються комплексністю регулювання.

Положення врегулювання принципів організації та діяльності військових судів, повноваження військових жандармерій, необхідність підтримання суворої військової дисципліни виявляються в потребах кримінально-правових засобів. Із переходом на комплектування армії за професійним принципом у межах виконання специфічних завдань щодо забезпечення національної безпеки, високого рівня військової дисципліни в мирний і воєнний час, виходячи з концепції покори в армії, їх застосування стало стримуючим фактором для недопущення вчинення заборонених дій і досягнення дисципліни та порядку у військах. У країнах континентальної правової системи інших держав Європи наявність окремого кодексу для застосування його до військовослужбовців не є нормою.

Зазначене вище стосується й соціалістичної правової сім'ї. Прагнення розвиватися із забезпеченням інтересів панівного класу в час установаження диктатури пролетаріату вплинуло на позитивістський сенс права. Після зникнення останнього країни постсоціалістичного табору спрямували ідеологічну переорієнтацію своєї правової системи на демократичний шлях із незалежним розвитком одна від одної. Базуючись на ознаках романо-германської системи права, з визнанням її основним джерелом нормативно-правових актів, загального неперсоніфікованого їх розуміння, кодифікація була пріоритетом. Законодавство представників такого напрямку відзначилося регулюванням кримінально-правових відносин щодо військовослужбовців у Кримінальних кодексах. Самостійна частина базується на положеннях загальних аспектів. Притягнення до кримінальної відповідальності військовослужбовців відбувається в межах єдиної системи покарань [5, гл. 9; 6, с. 265–278]. Зміни в економічному та політичному житті держав, необхідність інтернаціоналізації положень щодо відповідності міжнародним актам не вплинули на це. Зі встановленням кримінальної відповідальності за діяння, передбачені конвенційними й іншими нормами міжнародно-правових актів, що стосуються, зокрема, військових діянь [7, с. 109–114], кримінальне законодавство залишилося в межах свого існування.

Така позиція зумовлена необхідністю насамперед максимального зближення норм кримінального права у сфері регулювання правовідносин військовослужбовців із загальними його положеннями, а також забезпечення цілісності регулювання їх в єдиному документі. Крім того, для одних держав вона визначена відсутністю законодавчої можливості наявності інших кримінальних законів, окрім Кримінального кодексу (далі – КК) (Азербайджанська Республіка, Киргизька Республіка, Республіка Білорусь, Республіка Таджикистан, Республіка Узбекистан, Російська Федерація, Болгарія, КНР, Литовська Республіка, Естонська Республіка, Латвійська Республіка), для інших – систематизацією врегулювання суспільних відносин кримінально-правового характеру єдиним документом поряд з урегулюванням аспектів кримінальної відповідальності іншими законами (Республіка Польща). Наслідуючи європейську континентальну систему кримінально-правового регулювання, зберігаючи національний досвід правотворчості та доктрини кримінального права, кожен із них залишив за собою автентичність права, охоплену одним актом урегулювання всіх суспільно небезпечних діянь.

Інші держави, наслідуючи європейську континентальну систему права, відзначились автентичністю регулювання своєї законодавчої системи на тлі впровадження сучасних змін у міжнародному суспільстві та положень міжнародного права. Зумовлена новим етапом конституційного будівництва з проголошенням принципово нових положень, казахська модель правової політики отримала пріоритетність позицій комплексності та взаємопов'язаності корекції кримінального й кримінально-виконавчого права в напрямках її оновлення. Акцентування збалансованості політики в поєднанні власного досвіду та практики з ефективними положеннями інших правових систем відобразилось у його модернізації. У межах констатації національного кримінального права двовекторність його розвитку (гуманізація законодавства в цілому щодо менш небезпечних для суспільства діянь у разі вчинення злочинів уперше, злочинів невеликої або середньої тяжкості, соціально уразливими групами населення, і її посилення щодо найбільш небезпечних для суспільства злочинів із поетапним скороченням кримінальної репресії та розширенням застосування покарань, не пов'язаних із позбавленням волі) відзначилася цілісністю системи національного кримінального законодавства з відповідністю міжнародним нормам і договорам, ратифікованим державою в цих межах. Проте воно не знайшло свого належного відображення щодо військовослужбовців. Законодавець і на цей раз обмежився диференціацією окремих його положень без суттєвих змін [8, п. 17]. Конструктивні пропозиції залишилися в перспективі.

Особливості врегулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців з унікальністю правової системи мають місце в законодавстві Китайської Народної Республіки (далі – КНР). На ґрунті філософсько-традиційних джерел права під впливом релігійної доктрини на праворозумін-

ня, із подальшими тенденціями розвитку у векторі західноєвропейських зразків на засадах континентального права вони заслуговують на увагу.

Правова система КНР як правова система далекосхідної групи права характеризується «соціалізмом із китайською специфікою». У ньому поєдналися риси права країн соціалістичної системи, норм давньокитайського традиційного права, принципів і норм міжнародного права. Особливості історичних умов розвитку, специфіка правової культури, концепції соціального розвитку відрізняють її від інших типів і підтипів континентальної правової системи.

Процес формування сучасної правової системи КНР розпочався на початку військової конфронтації в 30-х рр. ХХ ст. Після перемоги комуністичної партії й створення КНР ідеологія марксизму-ленінізму набула пріоритетного розвитку. Новоприйняті закони були повністю просякнуті принципами соціалістичної законності, панівною роллю держави та Комуністичної партії. Лише після завершення «великого стрибка» в політичній і правовій системі держави з ідеологічним тиском і конфронтацією з Радянським Союзом намітився курс на відповідні реформи та стабілізацію ситуації в державі. З прийняття Кримінального кодексу (01.07.1979 р.) розпочалися кроки до кодифікації. Набула поширення практика наявності поряд із ним інших законів для вдосконалення положень Кодексу. Нормами Тимчасового положення про покарання за злочини у сфері порушення військовослужбовцями своїх обов'язків (10.06.1981 р.) визначались особливості притягнення військовослужбовців до відповідальності. Але необхідність створення потужної армії, мобілізації військового контингенту, ополчення на випадок війни викликали потребу узгодження окремих положень щодо цього з політикою законодавчих нововведень. Оборонна доктрина КНР мала пріоритет проведення власної національної політики оборонного характеру. Глибокі зміни у світі зумовили появу нової концепції безпеки, міжнародної політики, економіки та безпекового порядку, що відповідали вимогам епохи. Взаємодовіра, взаємовигода, рівність і співробітництво стали її ядром. Укріплення оборони країни, протидія агресії, захист Батьківщини, захист мирної праці народу, участь у будівництві держави та служіння народові під гаслом «відбірна армія з китайською специфікою» стали головними завданнями ЗС Китаю. Усенародність масштабу, відповідність найвищим стандартам військової підготовки, здоровий стиль, сувора дисципліна підтримання належного рівня воєнної підготовки, навиків участі в бойових умовах у воєнних діях стали пріоритетами такої армії. Розвивалася концепція «народної війни» в оборонній системі сучасності. Розвиток духу патріотизму, сприяння оборонному будівництву, соціалістичній духовній культурі, розповсюдження та покращення навчання національної оборони підтримувалися правовими засобами. «Управління армією на правовій основі» стало головним меседжем ЗС КНР. Оборона держави й армійська організація повинні рухатися по рейках правопорядку. Будь-які зміни мають відбуватися саме в такому напрямку. У результаті в 1997 р.

був прийнятий новий КК КНР із доволі амбіційними планами. Уперше за історію КНР у КК були закріплені позиції самостійного нормативного врегулювання злочинів проти військового обов'язку в межах єдиного акта. У ньому знайшли своє відображення раніше діючі положення у сфері врегулювання злочинів проти оборони держави. Проте однакості в правовому полі його застосування немає. Правила, додаткові положення та рішення, прийняті постійним комітетом Усекитайського зібрання народних представників у сфері адміністративних покарань і адміністративних заходів, діють поряд із КК, хоча положення кримінальної відповідальності знайшли свою реалізацію в його нормах [9, с. 452]. Міжнародні договори й угоди, укладені КНР, стали джерелом КК. Притягнення до відповідальності військовослужбовців здійснюється на підставі КК КНР, а в разі жорстокого поводження з військовополоненими у воєнних умовах, нанесення травм цивільному населенню, грабежу – на підставі положень Женевської конвенції та двох Додатків до неї (1997 р.). Але в разі виникнення колізії між вітчизняними та міжнародними правовими нормами пріоритет залишається за останніми.

Таким чином, можна зазначити, що з розвитком суспільних відносин у державі, зміною пріоритетів в національній політиці держави кримінальне законодавство зазнало реформ. Система джерел права з його кодифікацією, визнання пріоритетності основного джерела у формі нормативно-правового акта, розуміння його сутності із застосуванням до невизначеного кола осіб є унікальними. Відображаючи романо-германську модель правової системи, менталітет китайців, їхня правова свідомість і правова поведінка залишилися в рамках традиційної конфуціанської концепції праворозуміння. Маючи найдавнішу історію, формування й еволюція КК здійснювалися в рамках тих історичних умов і філософських поглядів, які докорінно відрізняються від західних. Сприймаючи це, на ґрунті китайської дійсності система джерел, кодифікація, інші форми правотворчості західної моделі справили великий вплив на розвиток китайського суспільства. Процеси глобалізації в сучасному світі призвели до певної конвергенції правових систем. Держави запозичують правові елементи різних правових систем із кардинально відмінними правовими, ідеологічними, економічними, політичними принципами. Така ситуація створює підґрунтя для формування так званих «гібридних» правових систем, про що можна говорити відносно КНР.

Це стосується й релігійної правової сім'ї. Чимало зарубіжних і вітчизняних науковців виокремлюють її в особливий тип. Головним критерієм для цього слугувало державне визнання та забезпечення релігійних приписів. У межах мусульманського й індуського права розвинувся релігійний тип правової системи. Мусульманська правова сім'я (Іран, Ірак, Пакистан та ін.) та індуське право громад Індії, Сінгапуру, Малайзії виступали основними його сім'ями, хоча окремі вчені доповнювали його ще й іншими правовими сім'ями іудейського права, канонічного права, буддизму, індійського права та ін. Протягом багатьох віків правове регулювання цих дер-



жав визнавалося звичаєвим правом із традиціями й морально-етичними нормами свого народу. Саме Бог, а не держава визнавалися творцем права. Будь-які нормативні акти відігравали роль другорядного джерела. У пріоритеті було звичаєве право. Ігнорування законодавчого права позначилося на його реалізації, забезпеченні самокерованими суспільними структурами та вирішенні спорів у процесі процедур примирення. Структуризація була відсутня. Зовнішній вплив був зведений нанівець, а стабільність, консерватизм і нетерпимість до інших впливів були провідною ідеєю. Проте з часом, із загальним розвитком суспільних відносин, зміною економічних і політичних векторів розвитку держав, виникла потреба перегляду вже усталених правових позицій. Консервативні держави поступово та впевнено почали крокувати шляхом демократизації правових положень. Особливо яскраво це позначилося на правовому полі Республіки Ірак. Правова система держави на початку минулого століття зазнала суттєвих змін. Зі створенням самостійної держави, власної Конституції та законодавчих актів, на ґрунті монархічного впливу англійської влади Ірак спрямував свій вектор розвитку системи права на мусульманські традиції. Розвиток капіталістичних відносин, експансія останніх зумовила перегляд суті права, перманентний стан якого повинен був відповідати потребам сучасності та залишати позиції буржуазної правової форми. Формування нових законодавчих документів стало базою для Кримінального кодексу 1918 р. Його структуризація з особливостями окреслення покарань за принципами їх застосування (законністю, особистим характером і рівністю всіх перед законом) зайняла належне місце. Відповідальність військовослужбовців окреслилася в межах Військового кримінального кодексу.

Із державним переворотом і переходом на соціалістичні рейки розвитку правова система Іраку зазнала подальших змін. На це вплинуло установлення одноосібної диктатури, обмеження прав і свобод громадян, порушення міжнародних норм із прав людини. Авторитарність правління, «баасизація» суспільства, забезпечення єдиної влади й ідеології посилили політико-ідеологічну роботу серед військовослужбовців. Для тотальної концентрації армія займала провідне місце. Вона виступала інструментом для збереження важелів впливу та відсічі будь-яких загроз із боку інших рухів. Тому був запроваджений режим кастовості офіцерського корпусу, комплектування його «потрібним» офіцерством, тотальний контроль. Будь-яке ухилення, вступ чи навіть спроба вступу до інших політичних партій, блоків каралися дуже суворо. Діяння з політичних мотивів, а також порушення політичних прав громадян каралися довічним позбавленням волі. Участь, приналежність до будь-якої іншої партії, політичне членство в ній, взаємозв'язок із нею, допомога в її діяльності чи від її імені визначалися найтяжчим злочином. Ухилення від установленого курсу супроводжувалися «зачищенням» небажаних представників. Розгалужена система органів державної безпеки реалізовувала це з використанням жорстоких методів придушення опозиційних проявів. Тимчасова Конституція 1970 р.

закріплювала таку політичну систему суспільства. Установлення потужної й ефективної вертикалі державної влади з єдиним партійно-державним механізмом, керівною роллю Партії арабського соціалістичного відродження передбачало створення єдиної арабської держави із соціалістичним устроєм. Кризь її пута здійснювалося тотальне управління та контроль за армією. У межах Ради революційного командування влада президента узурпувалася в головних посадах держави. Йому підпорядковувалося здійснення правотворчості, прийняття законів та інших актів щодо діяльності МО, національної безпеки, мобілізації в країні. Відповідно не могло йтися про розвиток кримінально-правових відносин.

Зі вторгненням на територію Іраку американських збройних формувань, поваленням правління Саддама Хусейна, ліквідацією беззаперечної однопартійності управління країною правова система знову зазнала змін. Існування в окупаційному режимі зумовило появу компромісу між нав'язуванням провідних ідей західної моделі й принципами традиційних норм арабської країни. Прийняття Кодексу військової дисципліни стало одним із таких кроків. Урегулювання питань правового та процесуального порядку разом із підтриманням військової дисципліни було провідною ідеєю. Норми кримінального права, юрисдикція цивільних і військових судів, судовий розгляд і виконавче провадження визначалися порядком виконання та його забезпечення відповідним військовим командуванням.

ЗС і органи національної безпеки регулювали свої правовідносини за відсутності дискримінації та їх виключення з контролю цивільної влади. Використання їх у вирішенні політичних справ із втручанням у політику держави, участю в зміні влади, для придушення народу на тлі їх загальної деполітизації було прямо заборонене. Питання врегулювання військової служби окреслилися законодавчим порядком, зокрема й щодо діяльності військової юстиції. Регулювання кримінально-правових і кримінально-виконавчих відносин стосовно військовослужбовців знайшло свій вияв у новоприйнятому після Конституції Іраку Військово-кримінальному кодексі. Поряд із джерелами кримінального права КК й Конституції положення Військово-кримінального кодексу знаходять свою реалізацію в бланкетності окремих його норм щодо врегулювання кримінальних покарань із виключністю їх реалізації стосовно військовослужбовців. Дотримання релігійних норм також мало місце.

Таким чином, можна зазначити, що Ірак як одна з консервативних арабських держав, починаючи із зародження своєї самостійності, формування державності, постійно перебуваючи під чийось впливом, на шляху до прогресивності розвитку не втрачала елементів мусульманського права. Західноєвропейське орієнтування на французьке законодавство, ідеї політичного та релігійного плюралізму, американський вплив на сформоване віками, усталене традиційне мусульманське право завжди мали місце. Запровадження нових правових традицій на власному ґрунті національної системи отримало виокремлене регулювання кримінально-правових і кри-

мінально-виконавчих відносин щодо військовослужбовців у самостійному правовому визначені. Домінування європейських положень змішалось з «плюралізмом правових культур» [10, с. 13].

Вплив інших правових систем на розвиток законодавства держав, які перебували під їхнім впливом, спостерігається і в англосаксонській правовій сім'ї. Англійська система права вплинула на законодавство США, країн Британської Співдружності, інші держави. Розвиваючись у векторі структуризації права (загальне, справедливості та статутне право), за відсутності мінімізації втручання римського, воно почало наближуватися до ознак романо-германської правової системи. Був відсутній традиційний поділ на публічне та приватне, імперативне та диспозитивне право, існувала класифікація за галузями, кодифікація з пануючою доктриною «верховенства права» (rule of law). Найбільш яскраво це відбилося в праві Великої Британії.

За наявності доволі розгалуженої системи джерел у кримінальному праві виокремилася така галузь, як воєнно-кримінальне право. Регулювання системи злочинів, урахування їх підсистем і елементів у мирний період і період ведення війни отримали комплексність правової дії кримінально-правового, процесуального та службового характеру. Тривалий шлях становлення був направлений на активний пошук адекватного відображення в правовій формі потреб класового розвитку держави, життєдіяльності її воєнної організації. Сталість політичних інститутів, традицій, прагматизму правосуддя, ефективності реалізації питань пенітенціарії викликала інтерес до воєнного кримінального права держави.

Із метою повернення засуджених військовослужбовців після відбування покарання у військово-виправних закладах до подальшого проходження ними військової служби, із переходом на військову службу за професійним принципом комплектування, покарання зацентрували свою дію на покорі та дисципліні у військах [11, с. 334]. Низка документів (Закон про армію, Закон про Військово-повітряні Сили, Закон про дисципліну у Військово-Морському флоті), які часто називають Службою дисциплінарних актів, стали їхніми основними джерелами. Меседж комплексності вирішення питань військової дисципліни з урегульованістю щодо всіх видів ЗС став основним у нормативності його визначення. Розгляд справ перебував у компетенції військових судів Британії з підконтрольністю їх військовому командуванню. Оскільки є необхідним оперативне реагування на питання кримінально-правового аспекту забезпечення протиправних проявів у військах, мобільність їх затвердження главою держави, то спостерігається тенденція звернення до інших нормативних актів у сфері оборони та національної безпеки, прийнятих органами управління щодо врегулювання питань кримінальної відповідальності та покарання військовослужбовців із доповненням і конкретизуванням окремих норм законів із цих питань. Пролонгація дії таких законів спрямовувалася на єдність їх розуміння та тлумачення.

Із подальшим реформуванням у сфері військово-кримінального законодавства ці документи набули нових ознак із комплексністю їх дії на ґрунті раніше чинних законів у сфері військової дисципліни. Схвалений Закон про Збройні сили (Armed Forces Act 2006), замінив самостійні положення про службову дисципліну й став єдиним документом у сфері регулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців. З уніфікацією єдності правових основ здійснення правосуддя в армії всі роди військ ЗС держави отримали єдиний механізм кримінально-правового регулювання та правила військового судочинства. Питання військової дисципліни та правопорядку визначалися в комплексності їх розгляду. Досягнення єдиної дисципліни під час виконання службових операцій, бойових завдань і розслідування справ у разі порушення дисципліни стало основною ідеєю. Гармонізація положень Закону відбилась у поєднанні норм матеріального та процесуального характеру у сфері кримінального, адміністративного та воєнного права. Регламентация злочинів щодо їх розслідування та проведення судового розгляду отримала специфіку нормативного регулювання виключно стосовно військовослужбовців [12]. Із пріоритетом норм матеріального права цілісність системи розслідування отримала самостійність існування в окремій галузі права.

Аналогічна тенденція простежується й у правовій системі США. Базуючись на положеннях англійського права, з розвитком воєнних правовідносин кримінальне законодавство зазнало суттєвих реформ. Із прийняттям у 1950 р. Єдиного кодексу воєнної юстиції, регулювання останніх вийшло на новий рівень реалізації. Управління континентальною армією регламентувалося низкою документів (Статутом Війни; положеннями уряду, дисциплінарними законами щодо регулювання діяльності берегової охорони в системі військової юстиції), що сприяло єдності правового регулювання для всіх видів ЗС. Комітет, який брав участь у його створенні, доклав максимум зусиль до того, щоб система військової юстиції була однаковою й оперативною для всіх служб, забезпечувала повний захист прав усіх осіб, що підпадають під його дію, під дію в період війни та в мирний час. Кодекс став компромісом між бажанням ліквідувати командний вплив і повністю захищати обвинувачених і належним чином підтримувати військову дисципліну та правопорядок у ЗС [13, с. 10].

Створення єдиної системи управління воєнною юстицією для всіх видів ЗС стало пріоритетною ідеєю. Закони у сфері регулювання військової дисципліни об'єдналися. Кримінально-правові, процесуальні та дисциплінарні положення отримали єдність регулювання. Цілісність і єдність системи судів із повноваженнями для всіх ЗС, процесуальний порядок розгляду справ (кримінальних і дисциплінарних), можливість їх перегляду, повноваження військового командування та накладання стягнень на підлеглих із повноваженнями посадових осіб армії в кримінальному судочинстві відзначилися в його структурі. Відповідальність за

державні, військові та загальнокримінальні діяння була визначена в самостійному регулюванні, хоча для її реалізації вимагалось звернення до інших документів – Керівництва для військових судів, нормативних актів президента й вищого командування (міністра оборони та міністрів інших видів ЗС держави) та ін.

Керівництво військових судів, зокрема, надало рекомендації для судового розгляду стосовно всіх видів ЗС у їх тісній співпраці з різними службами: прокуратурою, судами, службою пробації, службою жертв і свідків, захисників військового суду та ін., проте за виключністю їх «незалежності та неупередженості». Сприяння сучасному, справедливому управлінню військовими судами, підвищення ефективності діяльності останніх, справедливості їх роботи зі створенням більшої впевненості в системі військового правосуддя, довіри й поваги до неї визначалося в стратегічних цілях. Це координує, адмініструє та забезпечує підтримку всіх судових процесів, сприяє створенню детального та надійного статистичного, бюджетного та документального звіту про всі відповідні справи, а в разі необхідності підтримує її роботу та виконавчу діяльність.

Цілісність нормативного врегулювання воєнних правовідносин у різних сферах їх виникнення відобразилася й у кримінально-правовому аспекті. Зі встановленням диференційованої відповідальності військовослужбовців за положеннями «каральних статей» Кодексу в разі порушення військової дисципліни, правопорядку та вчинення діянь, що дискредитують ЗС країни, нормативність урегулювання покарань із виключністю зарахування їх до винних не отримала належного висвітлення. Останні сформулювалися в загальних правилах єдності їх розуміння та засвоєння щодо призначення відповідного покарання.

Так, приміром, у разі призначення покарання у вигляді позбавлення волі до засудженого може бути застосоване таке додаткове стягнення, як звільнення з посади. Відбування покарання у вигляді позбавлення волі може бути здійснене шляхом поміщення особи у в'язницю, що знаходиться під контролем ЗС, або в будь-який інший пенітенціарний чи виправний орган, який не знаходиться під його контролем, проте за аналогічним порядком і режимом відбування покарання. Каторжні роботи до військовослужбовців не можуть застосовуватися в разі відсутності їх у вирокі суду, але застосувати їх в якості частини вироку дозволено командирові. Крім того, за наявності переконливих причин відповідний міністр вправі призупинити виконання вироку або замінити його на адміністративну форму виконання рішення, винесеного відповідно до вироку військового суду [14, с. 58, 74].

**Висновки.** Таким чином, можна сказати, що конструювання законодавчих норм у сфері регулювання кримінальної відповідальності військовослужбовців має диференційовану тенденцію їх визначення з урахуванням приналежності до відповідної правової системи й особливостей історичних умов їх зародження. Сформовані під впливом об'єктивних за-

кономірностей розвитку суспільства, вони отримали власні правові тенденції з урегулюванням військово-правових відносин у цілісності кримінального права чи його комплексності в якості самостійної галузі права. Це наклало відбиток і на визначеність системи покарань із виключністю їх застосування до військовослужбовців, а з урахуванням приналежності до правової сім'ї, особливостей розвитку національного законодавства отримало диференційованість урегулювання.

Перспективами подальших розвідок є дослідження особливостей нормативного врегулювання системи покарань щодо виключності їх застосування до військовослужбовців з урахуванням приналежності до відповідної правової сім'ї.

### *Література:*

1. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12.01.2015 р. № 5/2015 // Офіційний вісник Президента України, 2015. – № 2. – С. 14. – Ст. 154.
2. У НАТО вважають Україну наріжним каменем в євроатлантичній безпеці [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <file://localhost/d:/покарання/робота/Розділ%204/У%20НАТО%20вважають%20Україну%20наріжним%20каменем%20в%20євроатлантичній%20безпеці.mht>.
3. Богатирьов І.Г. Порівняльне кримінально-виконавче право : [навч. посібник] / І.Г. Богатирьов, І.М. Копотун, М.С. Пузирьов. – Київ : Інститут кримінально-виконавчої служби, 2013. – 140 с.
4. Про рішення Ради національної безпеки й оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 26.05.2015 р. № 287/2015 // Офіційний вісник Президента України, 2015. – № 13. – С. 50. – Ст. 874.
5. Уголовный кодекс Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 9.07.1999 г. № 275-3 // Кодексы республики Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://уголовный-кодекс.бел/>.
6. Уголовный кодекс Республики Болгария / науч. ред. А.И. Лукашова, пер. с болг. Д.В. Милушева, А.И. Лукашова. – СПб : Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. – 298 с.
7. Уголовный кодекс Республики Польша / науч. ред. А.И. Лукашов, Н.Ф. Кузнецова ; пер. с польск. Д.А. Барилевич. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. – 234 с.
8. Концепция проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) // Институт современного развития. Центр правовых и экономических исследований. LECS-ЦЕНТР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.lecs-center.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=263%3Adraft-concept-cc-kazakhstan&catid=34&lang=ru](http://www.lecs-center.org/index.php?option=com_content&view=article&id=263%3Adraft-concept-cc-kazakhstan&catid=34&lang=ru).
9. Уголовный кодекс КНР // Интернет-представительство ООО «Лигал Уэй» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://legal-way.ru/other45.php>.
10. Аль-Брайчат Салман Давуд Салман. Традиції і новації системи права сучасного Іраку : автореф... канд. юрид. наук / Салман Давуд Салман Аль-Брайчат. – Одеса, 2015. – 20 с.

11. Толкаченко А.А. Правовые основы исполнения уголовных наказаний, применяемых к военнослужащим : дисс. докт. юрид. наук / А.А. Толкаченко. – Москва, 1997. – 490 с.
12. Armed Forces Act 2006 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/52/pdfs/ukpga\\_20060052\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/52/pdfs/ukpga_20060052_en.pdf).
13. The background of the Uniform Code of Military Justice // Prepared at the Judge advocate General's School U.S.ARMV [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/background-UCMJ.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/background-UCMJ.pdf).
14. Uniform Code of Military Justice // Cornell Law School/ Legal Information Institute [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47>.

**Николаенко Т. Б. Сравнительный аспект исследования законодательства зарубежных стран по нормативности урегулирования уголовной ответственности военнослужащих**

**Аннотация.** В статье проводится исследование особенностей конструирования законодательных норм в сфере регулирования уголовной ответственности военнослужащих с учетом принадлежности к соответствующей правовой системе. Анализ каждой из них способствовал формированию авторского видения существования национальных правовых тенденций по урегулированию военно-правовых отношений в целостности существования уголовного права или его комплексности в качестве самостоятельной отрасли права.

**Ключевые слова:** комплексность нормативного урегулирования, принадлежность к правовой семье, особенности развития национального законодательства, уголовная ответственность военнослужащих.

**Nikolaienko T. Comparative aspect of the foreign countries' legislation researching on the military's criminal liability standard regulation**

**Summary.** The article deals with the research on the peculiarities of legal standards formation in field of military's criminal liability regulation in view of the appurtenance to a certain legal system.

To provide high-quality national policy in field of national interests protection, human and civil rights and freedoms affirmation the updating of the further national state security and protection system reformation has been defined. Within adequate and flexible reaction to constant threats, proper provision and the necessity of complex national legislation improvement on national security and protection they have been outlined as priority.

The author has conducted the comparative analysis within the research on this direction standard regulation through the prism of foreign experience in view of the countries' appurtenance to a certain legal system.

It has been established that the world practice legal standards formation in sphere of the military's criminal liability tends to be varied. Their research demanded integrity of the approach to the systemacity of the analysis of legal phenomenon's inner and outer connections with identifying its most substantial patterns.

Analysis of each of them facilitated the author's view formation on existing own legal trends on military and legal relations regulation in integrity of criminal law existing or its complexity as a separate branch of law.

**Key words:** standard regulation completeness, appurtenance to legal system, national legislation development peculiarities, criminal liability of the military.

# МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

---

---

УДК 343.3/.7

**ГУЛКЕВИЧ В. Д.,**  
кандидат юридичних наук, начальник відділу  
прокуратури Івано-Франківської області

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ МІЖНАРОДНОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВОГО КОНФЛІКТУ

**Анотація.** У статті досліджуються положення міжнародних конвенцій про захист культурної спадщини під час військового конфлікту. Автор аналізує стан впливу міжнародних конвенцій на формування законодавства про кримінальну відповідальність за посягання на культурну спадщину під час військового конфлікту.

**Ключові слова:** культурна спадщина, культурні цінності, військовий конфлікт, захист культурної спадщини, злочини проти культурних цінностей.

**Постановка проблеми.** Збереження та забезпечення належної правової охорони культурної спадщини людства в усіх її різновидах є важливим завданням кожної держави. Відповідно до ст. 54 Конституції України культурна спадщина охороняється законом, держава забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, що становлять культурну цінність, уживає заходів для повернення в Україну культурних цінностей народу України, які знаходяться за її межами [1]. Удосконалення та розвиток в Україні сучасної системи охорони культурної спадщини неможливі без імплементації норм міжнародного права в цій сфері в національне законодавство.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання міжнародно-правової охорони культурної спадщини глибоко досліджувалися вітчизняними та зарубіжними науковцями – В.І. Акуленком, А.Ж. Ахметзяновим,



А.Ф. Врдоляк, Д.О. Ковалем, Н.В. Кулаковою, А.М. Маугері, О.І. Мельничук, С.С. Риндіним та іншими. Окремі кримінально-правові аспекти міжнародних конвенцій і договорів про охорону культурної спадщини вивчалися В.П. Базовим, Т.Р. Сабітовим, В.О. Мироною, М.О. Міщенко. Однак глибокий аналіз впливу міжнародних конвенцій і договорів на рівень кримінально-правової охорони культурної спадщини в Україні не здійснювався.

**Метою статті** є дослідження кримінально-правових аспектів міжнародних конвенцій і договорів про охорону культурної спадщини, надання пропозицій щодо вдосконалення кримінально-правової охорони культурної спадщини.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Упродовж усієї історії людства нації залишали своїм наступникам створені матеріальні об'єкти, які виражали, насамперед, їх вірування, а також твори мистецтва в їх широкому розумінні. Починаючи з часів античності, філософи та науковці застуджували посягання на культові споруди та предмети під час військових дій [2, с. 252–254; 3, с. 19–22; 4, с. 19–20; 5, с. 182–190].

Однак лише в ХІХ ст. окремі держави здійснили перші спроби запровадження правової охорони культурних цінностей під час військових конфліктів. Першою такою спробою на національному рівні стала Інструкція для керівництва армії Сполучених Штатів Америки на полі бою, розроблена професором Ф. Лібером і затверджена наказом президента США А. Лінкольна № 100 від 24.04.1863 р. під час Громадянської війни. Відповідно до цієї інструкції підлягали охороні від посягань під час військового конфлікту твори мистецтва, бібліотеки та наукові збірки, навіть якщо вони знаходились у фортифікованих місцях під час облоги чи обстрілу [6].

Першою міжнародною спробою захистити надбання культури під час військових конфліктів стала декларація, прийнята в 1874 р. на міжнародній конференції в Брюсселі (далі – Брюссельська декларація 1874 р.), скликаній за ініціативою Червоного Хреста під враженням руйнування кафедрального собору в м. Страсбург під час франко-прусської війни 1870–1871 рр. Відповідно до ст. 8 Декларації підлягали переслідуванню компетентними органами факти захоплення, знищення чи умисного плундрування релігійних, мистецьких і наукових закладів, історичних пам'яток, художніх і наукових творів. Зазначена Декларація не була ратифікована, але вплинула на подальший розвиток міжнародно-правової охорони культурних цінностей. Зокрема, посилення на Брюссельську декларацію 1874 р. міститься в преамбулі Конвенції про закони та звичаї сухопутної війни, прийнятій у 1899 р. на I міжнародній мирній конференції, скликаній за ініціативою Російської імперії в м. Гаага (надалі – I Гаазька конвенція) [7]<sup>1</sup>. У ч. 1 ст. 27 Положення про закони та звичаї сухопутної війни, прийнятого як додаток до II Гаазької конвенції, під час облоги й артилерійського обстрілу повинні вживатись усі необхідні за-

<sup>1</sup> У цій статті використовуються офіційні тексти міжнародних документів англійською мовою, розміщені на порталах Міжнародного комітету Червоного Хреста і ЮНЕСКО.

ходи для збереження релігійних, мистецьких і наукових будівель, якщо вони не використовуються у військових цілях. Відповідно до ч. 2 ст. 56 II Гаазької конвенції будь-яке захоплення, руйнування чи умисне пошкодження релігійних, освітніх, наукових і художніх установ, історичних пам'ятників, художніх і наукових творів заборонялося, такі дії підлягали переслідуванню.

Наведені вище положення II Гаазької конвенції в 1907 р. були повторені в Конвенції про закони та звичаї сухопутної війни (далі – IV Гаазька конвенція) і додатку до неї (Положення про закони та звичаї сухопутної війни), які були прийняті на II міжнародній мирній конференції в м. Гаага [8]. У ч. 1 ст. 27 Положення про закони та звичаї війни IV Гаазької конвенції перелік об'єктів, які підлягали збереженню під час облоги й артилерійського обстрілу, доповнено історичними пам'ятниками. Зміст ч. 2 ст. 56 указанного положення IV Гаазької конвенції повністю повторив текст цієї ж норми положення II Гаазької конвенції.

На цій же конференції прийнято Конвенцію про бомбардування морськими силами під час війни (далі – IX Гаазька конвенція), у ст. 5 якої також повторено заборону бомбардування релігійних храмів, освітніх, наукових і художніх установ, а також історичних пам'ятників [9].

Незважаючи на те, що II, IV і IX Гаазькі конвенції були ратифіковані значною кількістю держав, під час Першої світової війни внаслідок військових дій знищено та пошкоджено низку визначних пам'яток культури, наприклад, кафедральний собор у м. Реймс, Франція. Спроби урядів держав Антанти притягнути осіб, винних у порушенні положень міжнародних конвенцій про закони та звичаї війни, зокрема за посягання на культурні цінності, закінчилися невдачею [3, с. 36–37; 10, с. 32–33].

У період між двома світовими війнами намагання окремих науковців, громадських діячів і організацій удосконалити правову охорону культурної спадщини не спричинили ухвалення нових міжнародно-правових актів. Проголошені в указаних вище конвенціях заборони вчинення тих чи інших дій не призвели до запровадження в законодавство держав кримінальної відповідальності за скоєння таких дій.

Жахливі розкрадання, знищення та пошкодження культурних пам'яток, здійснені під час Другої світової війни, зумовили необхідність прийняття спеціальної міжнародної конвенції, робота над якою проводилась під патронатом новоствореної Організації об'єднаних націй із питань освіти, науки і культури (далі – ЮНЕСКО). Саме ЮНЕСКО на запрошення уряду Нідерландів скликала в Гаазі 21.04.1954 р. міжнародну конференцію, яка завершилась 14 травня того ж року ухваленням Конвенції про охорону культурних цінностей у разі військового конфлікту (далі – Гаазька конвенція 1954 р.) [11]. Авторами проекту Гаазької конвенції 1954 р. були італійські правники М. Пілотті та М. Маттеуччі [4, с. 34].

Відповідно до ст. 1 Гаазької конвенції 1954 р. культурними цінностями визнаються (незалежно від їх походження та власника):

1) рухомі та нерухомі цінності, які мають велике значення для культурної спадщини кожного народу (релігійні або світські пам'ятки архітектури, мистецтва чи історії, археологічні об'єкти, будівельні ансамблі, що мають історичне чи художнє значення, твори мистецтва, рукописи, книги й інші предмети, які мають художнє, історичне чи археологічне значення, а також наукові збірки та важливі колекції книг, архівних документів або їх репродукцій);

2) будівлі, основним і справжнім призначенням яких є зберігання чи експонування наведених вище рухомих культурних цінностей (музеї, великі бібліотеки, архівні сховища, а також сховища, призначені для збереження під час збройного конфлікту перелічених рухомих культурних цінностей);

3) центри, в яких зосереджена значна кількість указаних вище культурних цінностей, тобто так звані «центри зосередження пам'яток».

Згідно з ч. 1 ст. 4 Гаазької конвенції 1954 р. держави зобов'язалися поважати культурні цінності, розміщені як на власній території, так і на території інших держав, шляхом утримання від використання цих цінностей, споруд для їх збереження, їх найближчого оточення в цілях, які можуть призвести до знищення чи пошкодження цих цінностей під час збройного конфлікту, а також утримуватися від будь-якої ворожої дії, направленої проти таких цінностей. Такі дії згідно з ч. 2 ст. 4 Гаазької конвенції 1954 р. допускалися лише в разі категоричної військової необхідності. Відповідно до ч. 3 цієї ж норми Гаазької конвенції 1954 р. її учасники зобов'язалися забороняти, попереджувати та припиняти, якщо це виявиться необхідним, будь-які акти крадіжки, грабежу чи незаконного привласнення культурних цінностей у будь-якій формі, а також усі акти вандалізму стосовно культурних цінностей.

Згідно зі ст. 28 Гаазької конвенції 1954 р. держави зобов'язалися вживати в рамках свого кримінального законодавства всі заходи, необхідні для виявлення та накладення кримінальних або дисциплінарних санкцій на осіб (незалежно від їх громадянства), які порушили або віддали наказ порушити положення цієї Конвенції. Тоді ж прийнято додатковий Протокол до Гаазької конвенції 1954 р., у якому регламентовано питання запобігання вивезенню культурних цінностей з окупованої території, їх зберігання та повернення [12].

Отже, відповідно до наведених положень Гаазької конвенції 1954 р. держави-учасники зобов'язалися встановити кримінальну відповідальність за її порушення. Однак, незважаючи на ці зобов'язання, установлення кримінальної відповідальності за злочини проти культурної спадщини відбувалося дуже повільно. Наприклад, в Іспанії, яка ратифікувала Гаазьку конвенцію 1954 р. ще в 1960 р., лише в 1985 р. у ст. 77.7 Військового кримінального кодексу визнано злочином знищення чи пошкодження, без військової необхідності, документальної чи бібліографічної спадщини, архітектонічних пам'яток, історичних або природних ансамблів, рухомих

цінностей, які мають історичне, художнє, наукове чи технічне значення, археологічних об'єктів, етнографічних цінностей, природних пам'яток, садів або парків, що мають важливе історично-художнє чи антропологічне значення, тобто будь-яких об'єктів або предметів, які належать до історичної власності. Цією ж нормою встановлено кримінальну відповідальність за мародерство, привласнення перелічених предметів або об'єктів, а також за вандалізм щодо них [13].

Українська Радянська Соціалістична Республіка (далі – УРСР) 06.02.1957 р. ратифікувала вказану Конвенцію, однак кримінальна відповідальність за злочини проти культурної спадщини під час збройного конфлікту впродовж майже півстоліття не запроваджувалася.

Після здобуття Україною незалежності лише з прийняттям Кримінального кодексу України в 2001 р. у ст. 438 «Порушення законів і звичаїв війни» розділу XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» установа кримінальна відповідальність за «розграбування національних цінностей на окупованій території» [14]. На жаль, об'єктивна сторона цього злочину визначена вкрай нечітко, що не забезпечує ефективну кримінально-правову охорону культурної спадщини під час збройного конфлікту [15, с. 64–66, 90–95; 16, с. 112–119; 17, с. 108–109].

Упродовж 40 років дії виявились окремі недоліки Гаазької конвенції 1954 р., які зумовили необхідність її доповнення та зміни [10, с. 127]. Безпосередньою причиною внесення змін до Гаазької конвенції 1954 р. стали трагічні наслідки війни на Балканах між новими державними утвореннями на території колишньої Соціалістичної Федеративної Республіки Югославія. Під час збройних дій знищено велику кількість об'єктів культурної спадщини, які зовсім не використовувалися для військових цілей. Тому на скликаній ЮНЕСКО міжнародній дипломатичній конференції в м. Гаага 26.03.1999 р. ухвалено II додатковий протокол до Гаазької конвенції 1954 р. (далі – II Протокол), який налічує 47 статей [19].

Відповідно до II Протоколу суттєво змінено й доповнено Гаазьку конвенцію 1954 р., зокрема щодо запровадження посиленої охорони культурних цінностей, якщо вони:

- належать до культурної спадщини, яка має найбільше значення для людства;
- охороняються завдяки прийняттю на національному рівні належних правових і адміністративних заходів, які визнають їх виключну культурну й історичну цінність і забезпечують захист на найвищому рівні;
- не використовуються для військових цілей або для прикриття військових об'єктів, і сторона, яка контролює ці культурні цінності, зробила заяву для підтвердження того, що вони не будуть використовуватися подібним чином.

Однак особливо важливим для посилення кримінально-правової охорони культурної спадщини є положення розділу 4 II Протоколу «Кримінальна відповідальність та юрисдикція». Відповідно до п. п. «а»–«е» ч. 1

ст. 15 «Серйозні порушення цього Протоколу» особа вчиняє злочини, якщо умисно та з порушенням вимог Гаазької конвенції 1954 р. і II Протоколу скоює такі діяння:

- а) робить ціллю атаки культурні цінності, що знаходяться під спеціальною охороною;
- б) використовує захищені спеціальною охороною культурні цінності та їх найближче оточення для підтримки військових дій;
- с) у великих розмірах знищує чи привласнює культурні цінності, захищені Гаазькою конвенцією 1954 р. та II Протоколом;
- д) робить ціллю атаки культурні цінності, що охороняються Гаазькою конвенцією та II Протоколом;
- е) учиняє крадіжку, грабіж або привласнення культурних цінностей, що охороняються Гаазькою конвенцією 1954 р., або акт вандалізму стосовно таких цінностей.

Перші три види злочинів установлені на виконання положень ст. 53 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 08.06.1977 р. (далі – Додатковий протокол) [20] і ст. 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 17.07.1998 р. (далі – Римський статут) [21]. Необхідно відзначити, що обидва міжнародні документи підписані Україною, а Додатковий протокол ратифікований Верховною Радою УРСР ще в 1989 р. [22].

Відповідно до ч. 2 ст. 15 II Протоколу кожна сторона вживає необхідні заходи в рамках національного законодавства для визнання наведених вище діянь злочинами та встановлення відповідних покарань за їх учинення. Виконуючи ці положення, кожна сторона повинна діяти згідно із загальними засадами права та міжнародного права, водночас розширюючи індивідуальну відповідальність на інших осіб, крім тих, що безпосередньо вчинили діяння.

У ст. ст. 16–20 II Протоколу регламентовані питання юрисдикції, судового розгляду, екстрадиції та правової допомоги в справах про злочини проти культурної спадщини. Відповідно до ст. 21 II Протоколу сторони можуть вживати законодавчі, адміністративні чи дисциплінарні заходи для покарання будь-якого умисного використання культурних цінностей, будь-якого незаконного їх вивезення, іншого вилучення чи іншого позбавлення прав на них, учинених із порушенням Гаазької конвенції 1954 р. та II Протоколу.

**Висновки.** II Протокол до Гаазької конвенції 1954 р. набув чинності з 09.03.2004 р., однак, на жаль, Україна не брала участі в підписанні цього документа й до цього часу до нього не приєдналася. Як наслідок, до Кримінального кодексу до цього часу не внесені необхідні зміни, значна кількість суспільно-небезпечних діянь (наприклад, збройна атака (напад) на об'єкти культурної спадщини та багато інших) злочинами не визнається. Обмежене «окупованою територією» місце вчинення злочину, передбаченого

ст. 438 Кримінального кодексу, не дозволяє притягувати до кримінальної відповідальності осіб, які в складі різного роду терористичних організацій під час збройних дій скоюють злочини проти культурної спадщини на території Донецької та Луганської областей.

Отже, приєднання до II Протоколу до Гаазької конвенції 1954 р., його ратифікація й імплементація його положень у національне законодавство є невідкладним завданням для нашої держави.

### *Література:*

1. Конституція України. Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96 // Відомості Верховної Ради України (ВВР) – 1996 – № 30. – Ст. 141.
2. Vrdoljak A.F. Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law / A.F. Vrdoljak // Human Rights and International Humanitarian Law. Ed. O. Ben-Naftali. – Oxford : Oxford University Press, 2009. – P. 250–302.
3. Ахметзянов А.Ж. Международно-правовая защита культурных ценностей в случае вооруженного конфликта : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / А.Ж. Ахметзянов. – М., 2005. – 246 с.
4. Schreiber H. Wprowadzenie – zarys historii idei ochrony dóbr kultury w konfliktach zbrojnych // Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz. Redakcja naukowa. K. Zalasńska. W. Kowalski, K. Piotrowska-Nosek, H. Schreiber, K. Zalasńska. – Warszawa : LEX, 2014. – S. 19–31.
5. Forrest C.J.S. The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflicts/ C.J.S. Forrest // California Western International Law Journal. – Volume 37. – Spring 2007. – № 2. – P. 177–219.
6. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>.
7. Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=CD0F6C83F96FB459C12563CD002D66A1&action=openDocument>.
8. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4D47F92DF3966A7EC12563CD002D6788&action=openDocument>.
9. Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War. The Hague, 18 October 1907 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=F13F9FFC628FC33BC12563CD002D6819&action=openDocument>.
10. Коваль Д.О. Міжнародно-правовий захист культурних цінностей у зв'язку зі збройним конфліктом : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Д.О. Коваль ; Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2014. – 241 с.
11. Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 14 May 1954 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

- [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13637&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).
12. Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 14 May 1954 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15391&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).
  13. Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo13-1985.l2t2.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo13-1985.l2t2.html).
  14. Кримінальний кодекс України. Закон від 05.04.2001 р. № 2341-III // ВВР. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
  15. Базов В.П. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (аналіз складу злочину) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В.П. Базов ; Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – 222 с.
  16. Миронова М.О. Кримінальна відповідальність за порушення законів і звичаїв війни : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / М.О. Миронова ; Дніпропетровський університет внутрішніх справ. – Дніпропетровськ, 2008. – 218 с.
  17. Гулкевич В.Д. Актуальні питання кримінальної відповідальності за злочини проти культурної спадщини під час військового конфлікту / В.Д. Гулкевич // Актуальні питання взаємодії інститутів громадянського суспільства й органів публічного адміністрування в напрямку розвитку правової системи України. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 31 жовтня – 01 листопада 2014 р. – Київ : Центр правових наукових досліджень, 2014. – С. 107–110.
  18. Ellis M.S. The ICC's Role in Combatting the Destruction of Cultural Heritage / M.S. Ellis // Case Western Reserve Journal of International Law. – Volume 49. – Issue 1. – 2017. – P. 23–62.
  19. Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15207&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).
  20. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=D9E6B6264D7723C3C12563CD002D6CE4&action=openDocument>.
  21. Rome Statute of the International Criminal Court [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf).
  22. Про ратифікацію Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), і Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II) : Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 18.08.1989 р. № 7960-XI // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1989. – № 35. – Ст. 409.

**Гулкевич В. Д. Уголовно-правовые аспекты международной системы защиты культурного наследия в случае военного конфликта**

**Аннотация.** В статье исследуются положения международных конвенций о защите культурного наследия во время военного конфликта. Автор анализирует влияние международных конвенций на формирование законодательства об уголовной ответственности за преступления против культурного наследия во время военного конфликта.

**Ключевые слова:** культурное наследие, культурные ценности, военный конфликт, защита культурного наследия, преступления против культурных ценностей.

**Hulkevych V. Criminal law aspects of the international system of the protection of cultural heritage in the event of armed conflict**

**Summary.** The article examines the development of international legislation on the protection of cultural heritage during a military conflict. For thousands of years, cultural values have been severely damaged during various types of hostilities. Since the 19th century, some states have made initial attempts to introduce legal protection of cultural property during military conflicts. The horrific lootings, destruction and damage of cultural property made during the Second World War have led to the adoption of the UNESCO Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict in 1954 (Hague Convention 1954). The adoption of the convention resulted in the establishment of criminal liability for crimes against cultural heritage during a military conflict. However, some military conflicts have shown insufficient level of legal protection of cultural values. Therefore, in 1999, the Second Protocol to Hague convention 1954 was adopted, which is intended to strengthen the legal protection of cultural heritage. It is important for Ukraine to join the Second Protocol and improve the national legislation on criminal liability for encroachment on cultural values in the event of a military conflict.

**Key words:** cultural heritage, cultural property, war conflict, protection of cultural heritage, crimes against cultural property.



# МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

---

---

УДК 343.813

**КОВАЛЬОВ А. В.,**  
аспірант відділу Європейського права та міжнародної інтеграції  
Інституту законодавства Верховної Ради України

## ВПЛИВ МІЖНАРОДНИХ КОНВЕНЦІЙ І ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЗАСУДЖЕНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

**Анотація.** У статті аналізуються міжнародні конвенції, які забезпечують права та свободи засуджених, наведені питання, які виникають під час застосування міжнародних конвенцій, запропоновані шляхи їх вирішення, а також розглядається практика Європейського Суду з прав людини відносно засуджених осіб в Україні та країнах ЄС.

**Ключові слова:** Конвенція, декларація, Європейський Суд, права, свободи, засуджений.

**Постановка проблеми.** За останні десятиріччя міжнародне право старанно вносило свої корективи, поправки до законодавства. Найголовнішим його досягненням є створення міжнародної системи гарантій дотримання прав людини, яка ґрунтується на загальноновизнаних принципах, що знайшли своє закріплення в низці міжнародних договорів як універсального, так і регіонального характеру, однак нині практично відсутній механізм застосування вказаних новел, тому тема нашого наукового дослідження є вкрай актуальною.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Теоретичні аспекти впливу міжнародних конвенцій на права та свободи засуджених досліджували такі українські й іноземні науковці, як І. Андрухів, Л. Багрій-Шахматов, О. Тихомиров, О. Джужа, А. Гель, П. Захарченко, О. Колб, В. Львовичкін,

В. Маляренко, М. Мельник, І. Резник, О. Скакун, В. Трубніков, П. Фріс, А. Шевченко, Ю. Шемшученко, О. Ярмиш та інші.

**Метою статті** є вивчення впливу міжнародних конвенцій і практики Європейського суду з прав людини на забезпечення прав і свобод засуджених осіб в Україні та країнах Європейського Союзу.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** На думку професора М. Козюбра, права людини – це один із найважливіших соціальних і політико-правових інститутів, який об'єктивно є мірилом досягнень суспільства, показником рівня його цивілізованості [1, с. 52]. Звідси й випливає дотримання прав людини незалежно від того, у якому статусі вона перебуває. Звичайно, увага, яка приділяється владою обґрунтуванню й мотивуванню автоматичних і правозастосовних обмежень прав засуджених, є головним показником демократії у сфері кримінально-виконавчого права в площині дотримання загально визнаних прав людини.

Розглядаючи процес взаємодії національного й міжнародного права, визначаючи умови ефективності національно-правової імплементації, необхідно відмітити, що крім збереження внутрішніх переконань і дотримання стабільності на правовому рівні, система законодавства (а тим більше кримінально-виконавча система) постійно відчуває потребу в зовнішньому впливі, який прогнозує переналаштування національної системи, її конструктивну дезорганізацію, що підвищує її функціональні якості.

Вітчизняне законодавство поширило компетенцію судів на всі правовідносини, що виникають у державі, і право людини чи громадянина на судовий захист не може бути обмежене за жодних обставин. Особа може звернутися до суду для відновлення порушеного права, якщо вважає, що воно порушене або що чиняться перешкоди для його здійснення. Кількість звернень громадян до суду за захистом порушених прав із кожним роком збільшується, і з'являється потреба звертатися до міжнародних органів судової системи.

У ч. 1 ст. 8 Кримінально-виконавчого кодексу України закріплене право засуджених осіб звертатися з пропозиціями, заявами й скаргами до адміністрації органів і установ виконання покарання, їхніх вищестоящих органів, а також до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Європейського суду з прав людини, інших відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, до уповноважених осіб цих організацій, суду, органів прокуратури, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян.

Таким чином, кримінально-виконавча система України спрямовує свої функції за вимогою національного законодавства, а точніше, невід'ємної його частини – Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод і практики Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд). Європейський Суд із прав людини, юрисдикція якого визнана нашою державою, є однією з найефективніших наддержавних судових установ,

яка приймає заяви безпосередньо від фізичних осіб і захищає права та свободи людини.

Професор В. Мицик відмічає, що серед наявних правозахисних механізмів особливе місце посідає Європейський суд із прав людини, оскільки, на відміну від класичного міжнародного суду у сфері прав людини, право на звернення до нього не тільки є відкритим і не зумовлюється необхідністю висловлення на це згоди держави-відповідача, його рішення не тільки є юридично обов'язковими для держави-відповідача, але й мають вплив на розвиток правової системи [2, с. 34]

Європейський Суд із прав людини вважається стрижневою інституцією правової системи Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (далі – Конвенція). Якщо говорити конкретніше, то Конвенція взагалі посідає особливе місце в системі становлення міжнародної системи захисту прав людини. На суспільний розвиток і формування міжнародної системи спочатку мало вплив створення Загальної декларації прав людини ООН у 1948 р. Згодом було прийнято схожу за своїми нормами Конвенцію, яка принесла нові зміни в систему міжнародного захисту прав людини. Такий задум було реалізовано шляхом установа наднаціональної юрисдикції [3, с. 135].

Так, на відміну від Загальної декларації прав людини, Конвенція створила дієвий механізм, який знайшов практичну реалізацію та зайняв лідируючу позицію в захисті прав людини в Європі. Деякі науковці характеризують правову систему як живий організм, даючи визначення, що ЄСПЛ під час вирішення конкретних справ повинен розглядати Конвенцію в якості так званого живого інструмента, тлумачити її з урахуванням сучасних умов.

Так, В. Паліюк зазначає, що цінність Конвенції як живого права полягає в конкретному її наповненні нормами матеріального й процесуального права. Суть цього наповнення полягає в тому, що воно поширюється на невизначене коло ситуацій, яке з часом кількісно та якісно розширюється. Також права й свободи, закріплені в Конвенції, постійно оновлюються, уточнюються, конкретизуються не лише завдяки прийнятим додатковим протоколам, які охоплюють майже весь перелік громадянських і політичних прав, але також і в результаті рішень Європейського Суду з прав людини, що мають силу прецеденту [4, с. 58].

Суд із кожним роком набуває все більшого й більшого авторитету в Європі, про що свідчить зростаюча кількість заяв, а також той факт, що за всі роки існування Суду не було жодної відмови з боку держав із приводу винесених ним рішень і необхідності їх виконання. Адже кожна особа може звернутися саме до цієї наддержавної установи, використавши всі національні засоби захисту своїх прав, і в разі прийняття Судом позитивного рішення на користь заявника держава-відповідач зобов'язана це рішення виконувати. Ратифікувавши 17 липня 1997 р. Конвенцію, Україна зробила її положення частиною національного законодавства й узяла на

себе зобов'язання гарантувати та захищати передбачені Конвенцією права й свободи, тобто також визнала для себе обов'язковими її рішення.

У ЄСПЛ можна оскаржити лише порушення державою в особі її органів, установ, організацій, посадових осіб або інших владних суб'єктів прав людини чи основоположних свобод, які передбачені Конвенцією й протоколами до неї. До таких прав, наприклад, належить право на життя, заборона катувань та іншого нелюдського поводження, право на свободу пересування, право на свободу асоціацій, право на справедливий суд тощо.

Як і всі громадяни, засуджені особи також мають право на звернення до Європейського Суду. Із метою захисту правового статусу осіб, що перебувають у кримінально-виконавчих установах, перешкод законодавчого характеру для відправлення індивідуальних заяв до Суду немає.

Відповідно до ч. 4 ст. 113 Кримінально-виконавчого кодексу України передбачається направлення кореспонденції Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, до Європейського Суду з прав людини, а також іншим відповідним органам міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, уповноваженим особам таких міжнародних організацій, до суду та прокуророві. Направлена чи отримана кореспонденція перегляду не підлягає. Відповідно до п. 45 Правил внутрішнього розпорядку відшкодування витрат на пересилання звернень проводиться з коштів, які є на особових рахунках засуджених осіб. У разі відсутності таких коштів пересилання звернень проводиться за рахунок коштів, передбачених кошторисом на утримання установ виконання покарань [5].

Так, на практиці засуджені особи під час звернення до Суду постійно допускають помилки – порушення строку подачі заяви, також заявник звертається до Суду як до найвищої інстанції, що має вплив на Верховний Суд України, з проханням відмінити рішення національних судів. Також основною проблемою є звернення засуджених осіб стосовно порушення певного права, яке не захищається Конвенцією та її Протоколами.

Нині є громадська організація, яка допомагає засудженим особам у процедурі подання заяви до Суду. Вона може порадити заявнику, яким чином краще звернутися до Суду, на чому краще акцентувати увагу, допомагає в отриманні певних документів, наприклад, шляхом направлення звернень до державних органів. Залежно від її можливостей і досвіду в цій сфері громадська організація може відправити скаргу за свій рахунок. Однак, на відміну від державних органів, для яких частіше за все надання відповідей на запити є обов'язком, усі ці дії громадська організація вчиняти не зобов'язана.

Якщо вже детальніше говорити про міжнародний захист прав засуджених осіб у рамках Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, то в більшості випадків Європейський Суд захищає саме право таких осіб щодо порушення їхніх прав на заборону катування, нелюдського й такого, що принижує гідність, поводження й покарання. Дедалі частіше порушуються права засуджених щодо тримання їх під вартою, право

на захист, право на повагу. На жаль, після 19 років дії Конвенції в Україні проблеми й досі залишаються актуальними. Сам Суд акцентував увагу, що права на свободу й особисту недоторканість постійно констатуються Судом у справах проти України.

Ст. 5 Конвенції гарантує право на свободу й особисту недоторканість, тому й слугує ключовим елементом захисту прав особи. У рішенні у справі «Де Вілде, Оомс і Версип проти Бельгії» Суд зазначив, що право на особисту свободу є особливою умовою, якою кожен повинен користуватися, і позбавлення якої матиме прямий і негативний вплив на користування багатьма іншими правами. Звідси й формуються головні принципи, які Суд застосовує під час розгляду справ, насамперед – принцип презумпції свободи. У ст. 5 є вичерпний перелік винятків, через які особа може бути позбавлена свободи, і лише вузьке тлумачення цих випадків відповідає цілям цього положення – гарантувати, що нікого не буде свавільно позбавлено свободи.

Отже, у контексті проблеми позбавлення свободи мають бути чітко врегульовані умови, за яких допускається позбавлення свободи, і гарантії, що мають бути надані затриманим особам. Затримання має бути законним, як із погляду матеріального, так і процесуального права, тобто має існувати законодавчий текст, що дозволяє застосувати обмеження свободи відповідно до вимог закону, і процесуальний – відповідно до процедури, установлені законом. Має бути правильно оформлений ордер – наявність підозри, наявність конкретних підстав. Закон має бути додержаний під час розгляду кожної конкретної справи.

Європейський Суд неодноразово акцентував увагу на порушенні п. 1 ст. 5 Конвенції щодо тримання заявника під вартою незаконно. У з'ясуванні цього питання й у визначенні того, чи було належно дотримано процедуру, яка встановлена законом, Конвенція відсилає до національного законодавства й установлює обов'язок забезпечувати дотримання матеріально-правових і процесуальних норм такого законодавства, водночас вимагаючи також, щоб будь-яке позбавлення свободи відповідало меті ст. 5, що полягає в захисті людини від свавілля.

У справі «Закшевський проти України» від 17 березня 2016 р. за фактом розбійних нападів і за фактом учинення умисного вбивства та замаху на вбивство було винесено постанову про обрання заявнику запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Його було затримано на підставі зазначеної постанови суду 11 листопада 2001 р. Строк тримання заявника під вартою продовжувався чотири рази. Заявник оскаржив останню ухвалу суду, але Верховний Суд України залишив її без змін, зазначивши, що підстав для змін або скасування обраного заявнику запобіжного заходу не було. З 28 липня по 13 жовтня 2004 р. заявник перебував під вартою Харківського СІЗО. У жовтні 2005 р. заявника було визнано винним у бандитизмі, кількох епізодах розбійних нападів, у вчиненні умисного вбивства та замаху на вбивство. Суд, призначивши йому покарання у вигляді довіч-

ного позбавлення волі, посилався на свідчення заявника як підозрюваного, обвинуваченого, зокрема за участю захисника. Верховний Суд України залишив вирок щодо заявника без змін, відхилив скарги заявника на порушення його права на захист на стадії досудового розслідування. Після винесення вироку щодо заявника його було переведено до сектора максимального рівня безпеки до Донецького СІЗО.

До Європейського Суду заявник скаржився за ст. 3 Конвенції у зв'язку з неналежними умовами тримання його під вартою в Харківському СІЗО та застосування до нього наручників у Донецькому СІЗО; за п. 4 ст. 5 Конвенції у зв'язку з відсутністю можливості ініціювати процедуру судового перегляду законності продовжуваного тримання його під вартою; за ст. 6 Конвенції у зв'язку з порушенням його права на захист. Крім того, заявник подав інші скарги про порушення ст. 3, 5, 6, 8 і 13 Конвенції. Розглянувши скарги заявника, ЄСПЛ дійшов висновку, що умови тримання під вартою заявника в Харківському СІЗО, зокрема брак особистого простору в розпорядженні заявника в поєднанні з відсутністю можливості для прогулянок упродовж майже трьох місяців тримання під вартою, були таким поводженням, що принижує гідність. У зв'язку із цим було встановлено порушення ст. 3 Конвенції. За ст. 5 Конвенції Суд дійшов висновку, що в заявника на стадії досудового слідства та судового розгляду не було можливості скористатись ефективною процедурою перегляду законності продовжуваного тримання його під вартою. Також мали місце порушення за ст. 6 Конвенції стосовно права заявника на доступ до захисника в провадженнях щодо вчинення вбивства, а первинні зізнання заявника могли мати значний вплив на подальший хід кримінального провадження в його справі та відігравати роль у вироках національних судів [6].

Таким чином, Суд з'ясовує, чи відповідає Конвенції сам національний закон і чи відповідають їй загальні принципи, які сформульовані в ньому, чи впливає з нього загальний принцип юридичної визначеності, який вимагає від закону відповідного верховенства права. Це має значення, адже коли національний закон передбачає можливість позбавлення волі, то такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні.

Суд наголошує на постійних порушеннях ст. 5 Конвенції у справах щодо України, а саме:

- коли не існує жодних законодавчих положень, які б передбачали (навіть шляхом посилання) процедуру щодо тримання особи під вартою з метою екстрадиції або застосування інших міжнародно-правових заходів правової допомоги в кримінальних провадженнях;
- коли тримання особи під вартою не переслідує мети, яка зазначена у ст. 5 Конвенції, що порушило вимогу цієї статті;
- коли адміністративний арешт, який формально підпадає під дію п. 1 ст. 5, використовувався для забезпечення перебування особи під вартою для інших цілей;

– коли дводенна затримка у звільненні заявника з-під варти не відповідала вимогам практики Суду, оскільки адміністративними формальностями можуть бути виправдані лише декілька годин такої затримки.

У справі «Харченко проти України» Суд розглядав три періоди досудового ув'язнення заявника й щодо двох із них зафіксував порушення ст. 5 Конвенції. Проте окремі проблеми (узяття під варту та продовження строку тримання під вартою за санкцією прокурора, а також неврахування періоду ознайомлення з матеріалами справи в строк досудового ув'язнення) уже не існували завдяки внесенню змін до чинного законодавства.

Суд дійшов висновку, що наявна в Україні практика тримання особи під вартою лише на тій підставі, що до суду першої інстанції надійшов обвинувальний висновок, не ґрунтується на чітких і передбачуваних юридичних нормах і на висновку про наявність порушення Конвенції.

Інша актуальна проблема, що досить часто зачіпається в ЄСПЛ щодо України, – право на заборону катування, нелюдського й такого, що принижує гідність, поводження й покарання. Суд наголошує, що ця норма є імперативною, тобто не передбачає винятків і відображає одну з фундаментальних цінностей демократичного суспільства.

У рішенні у справі «Ісмаїлов проти України» заявник стверджував, що з ним погано поводитися під час тримання під вартою у відділі міліції та що державні органи не провели із цього приводу ефективного розслідування. За твердженням заявника, під час його тримання у відділі міліції кілька співробітників міліції неодноразово били його руками та ногами з наміром змусити його визнати себе винним у вчиненні злочину. За висновком судово-медичного експерта, заявник отримав легкі тілесні ушкодження, у зв'язку з чим центральний районний суд м. Сімферополя порушив кримінальне провадження, але згодом слідчий прокуратури АРК відмовив у його порушенні за скаргами заявника, установивши, що ушкодження, нанесені заявнику у відділі міліції, могли бути заподіяні ним самостійно. Заявник оскаржив цю постанову до суду, зазначивши, що слідчий не встановив, яким чином заявнику були завдані тілесні ушкодження. Уряд стверджував, що заявник не вичерпав усі національні засоби юридичного захисту.

У своєму рішенні Суд нагадує, що ст. 3 Конвенції забороняє катування, нелюдське й таке, що принижує людську гідність, поводження. Погане поводження має досягти мінімального рівня жорстокості. Оцінка цього мінімального рівня є відносною, вона залежить від обставин справи, наприклад, тривалості такого поводження, його фізичних і психічних наслідків. Що стосується особи, яку було позбавлено волі, то застосування фізичної сили, необхідність чого не була однозначно зумовлена поведінкою особи, принижує людську гідність і є порушенням права за ст. 3 Конвенції. У зв'язку із цим Суд вважає, що наявні матеріали вказують на те, що тілесні ушкодження завдано заявнику в той час, коли він утримувався під вартою у відділі міліції. Зокрема, Суд звертає увагу на висновок експерта, в якому зазначені час і спосіб, яким було завдано ушкодження, що збігається з

твердженням заявника та відхиляє заперечення уряду щодо невичерпання національних засобів юридичного захисту, установивши, що заявник з огляду на конкретну ситуацію звільнявся від учинення подальших дій.

У Кримінальному процесуальному кодексі приділена належна увага людській гідності. Однак не можна не зауважити, що право на повагу до гідності й заборона катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання гарантується ст. 28 Конституції України та численними міжнародними договорами, чинними в Україні. Тому, мабуть, справа не лише в законодавчому закріпленні заборони катування. Навпаки, як убачається з «плотного» рішення у справі «Каверзін проти України», порушення ст. 3 як у матеріальному аспекті (тобто встановлення відповідальності державних органів за жорстоке поводження з особами, які трималися під вартою), так і в процесуальному (тобто непроведення ефективного розслідування, а також уникнення покарання представниками державних органів, відповідальних за таке жорстоке поводження), було констатоване приблизно в 40 справах, незважаючи на загальну законодавчу заборону катування та нелюдського й такого, що принижує гідність, поводження. Тому йдеться насамперед про зміну практики, а не законодавства.

**Висновки.** Отже, усе вищевикладене вказує на те, що питання наявності на національному рівні засобів юридичного захисту, так само, як і питання ефективності наявних засобів юридичного захисту, є першочерговим предметом спору між заявником і державою-відповідачем на етапі дослідження Європейським судом заяви про порушення Конвенції.

Прецедентне право ЄСПЛ не містить конкретної дефініції терміна «засоби правового захисту», хоча в багатьох рішеннях і звітах містяться вказівки на його значення. В одному зі звітів Європейська Комісія відзначила, що загально визнані правила, які регулюють порядок вичерпання внутрішніх засобів правового захисту, вимагають, щоб мало місце звернення за допомогою до всіх засобів, представлених національним законодавством, які в принципі здатні забезпечити ефективний і достатній захист від порушень, відповідальність за котрі на міжнародному рівні повинна нести держава.

#### *Література:*

1. Мушак Н. Міжнародно-правові засади захисту та забезпечення прав людини в європейських міжнародних організаціях : дис. канд. юрид. наук : 12.00.11 / Н. Мушак ; Київ. ун-т права НАН України. – Київ, 2011. – 235 с.
2. Рабінович П. Знання практики Європейського суду з прав людини як передумова ефективного використання механізму їх захисту в Україні / П. Рабінович // Право України. – 2009. – № 4. – С. 42–46.
3. Жуковська О. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування український контекст / О. Жуковська. – К. : ВІПОЛ, 2004. – 356 с.



4. Супрун Д. Організаційно-правові засади та юрисдикційні основи діяльності Європейського Суду з прав людини : дис. канд. юрид. наук : 12.00.11 / Д. Супрун ; Київ. нац. ун-т. ім. Т.Г. Шевченка. – К., 2002. – 219 с.
5. Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань : наказ Міністерства юстиції України від 29 грудня 2014 р. №2186/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1656-14>.
6. Практика Європейського суду з прав людини.

**Ковалев А. В. Влияние международных конвенций и практики Европейского суда по правам человека на обеспечение прав и свобод осужденных лиц в Украине и странах Европейского Союза**

**Аннотация.** В статье анализируются международные конвенции, обеспечивающие права и свободы осужденных, указаны вопросы, которые возникают при применении международных конвенций, предложены пути их решения, а также рассматривается практика Европейского Суда по правам человека относительно осужденных в Украине и странах ЕС.

**Ключевые слова:** Конвенция, Декларация, Европейский Суд, права, свободы, осужденный.

**Kovalev A. The impact of international conventions and the European Court of Human Rights on the rights and freedoms of the convicted persons in Ukraine and the EU**

**Summary.** This article analysis the international conventions that ensure the rights and freedoms of prisoners referred to issues that arise in the application of international conventions and proposed solutions, and considered the practice of the European Court of Human Rights regarding persons convicted in Ukraine and the EU.

**Key words:** Convention, the Declaration of the European Court, rights, freedom, condemned.

УДК 349.3

**ТРУНОВА Г. А.,**  
кандидат юридичних наук, доцент

## ЗАХИСТ ПРАЦІВНИКІВ ВІД НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ НА ВИРОБНИЦТВІ ТА ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Анотація.** У статті досліджується правова регламентація актами Міжнародної організації праці питання захисту працівників від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання. Наведені основні міжнародно-правові акти у сфері безпеки праці, які сприяють захисту від нещасного випадку на виробництві, установлюючи норми щодо контролю за травматизмом на виробництві та норми його профілактики. Здійснено аналіз основних конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці, які встановлюють як мінімальні правові стандарти у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві, так і передові та прогресивні норми, на які слід орієнтуватися національній правовій системі з метою вдосконалення чинного законодавства про соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання.

**Ключові слова:** соціальне страхування, нещасний випадок на виробництві, професійне захворювання, Міжнародна організація праці, конвенція, рекомендація, працівник.

**Постановка проблеми.** В умовах глобалізації та підвищеного впливу світових соціально-економічних ризиків міжнародно-правові стандарти як утілення найбільш концентрованого досвіду правового регулювання відносин у сфері права соціального забезпечення є обов'язковою умовою розвитку й удосконалення будь-якої національної правової системи. Провідна роль у їх виробленні та втіленні належить Міжнародній організації праці (далі – МОП). Керівною ідеєю МОП є забезпечення гідної праці для всіх. Відповідно до положень правових актів МОП гідна праця – це безпечна праця. На жаль, Україна все ще далека від досягнення цієї мети. У зв'язку із цим дослідження й адаптація міжнародно-правових норм – це основа та необхідний складник для вдосконалення чинного законодавства у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання міжнародно-правових стандартів у сфері праці та соціального забезпечення є предметом пильної уваги практично всіх відомих вітчизняних науковців цієї галузі права. Що ж до міжнародно-правового регулювання захисту працівників

від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, то необхідно відзначити наукові роботи М.І. Боднарука, О.О. Гаврилової, З.Я. Козак, Д.М. Кравцова, О.Л. Кучми, О.В. Москаленко, О.В. Соловйова, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишевої, О.М. Ярошенка. Водночас міжнародно-правові стандарти у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання змінюються й удосконалюються, що й зумовлює проведення подальших наукових досліджень із цієї тематики.

**Мета статті** полягає в тому, щоб з урахуванням міжнародно-правових норм у питанні захисту працівників від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання сформулювати основні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства в цій сфері.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Право на справедливі та сприятливі умови праці, що включає й право на захист від нещасного випадку на виробництві, передбачене Загальною декларацією прав людини 1948 р. і Міжнародним пактом про економічні, соціальні й культурні права 1966 р. Реалізація цього права вимагає дотримання безпечних і гідних умов праці, запобігання, лікування й контролю професійних захворювань і надання допомоги в грошовій чи натуральній формі, що забезпечить особам, потерпілим від нещасного випадку на виробництві, і членам їхніх сімей, які перебувають на утриманні, доступ до адекватної медичної допомоги й гарантованого доходу.

Проблеми створення безпечних і здорових умов праці, мінімізації негативного впливу виробництва на здоров'я та життя людини постійно перебувають у центрі уваги МОП. Головні цінності, відображені в нормах МОП з охорони праці, зводяться до трьох керівних принципів: робота повинна виконуватися в безпечних умовах; умови праці повинні забезпечувати працівникам благополуччя й почуття гідності; робота має давати реальні можливості для розвитку особистості, самореалізації та користі суспільству. Зокрема, Конвенція МОП № 155 «Про безпеку та гігієну праці та виробниче середовище» 1981 р. і супровідна Рекомендація № 164 передбачають прийняття, реалізацію та регулярний перегляд комплексної національної політики з охорони праці та заходів щодо її застосування на національному рівні й на рівні підприємств для захисту фізичного та психічного здоров'я працівників і їх благополуччя. Метою політики має бути запобігання нещасним випадкам і захворюванням, що виникають у процесі роботи або в зв'язку з нею, шляхом зведення до мінімуму причин небезпечних факторів виробництва, що сприяє захисту фізичного й психічного здоров'я працівників [1]. В Україні виконуються вимоги п. п. с) і d) ст. 11 Конвенції МОП № 155 щодо повідомлень про нещасні випадки на виробництві та професійні захворювання; подання щорічних статистичних даних про нещасні випадки на виробництві та професійні захворювання; щодо проведення розслідувань нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань в Україні. Вимоги про це містяться у ст. 22 Закону України «Про охорону праці» (розслідування й облік нещасних випадків,

професійних захворювань і аварій) і в ст. 171 Кодексу законів про працю України (обов'язки власника чи уповноваженого ним органу щодо розслідування й обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві). Конкретні процедури, упроваджені компетентним органом для проведення розслідування нещасних випадків на виробництві, професійних захворювань і аварійних ситуацій із зазначенням повноважень членів комісій і їхніх обов'язків перераховані в постанові Кабінету Міністрів України «Деякі питання розслідування та ведення обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві» від 30.11.2011 р. [2].

Згідно з Конвенцією № 187 «Про основи, які сприяють безпеці та гігієні праці» 2006 р. кожна держава-учасниця зобов'язана постійно вдосконалювати безпеку й гігієну праці з метою попередження випадків виробничого травматизму, професійних захворювань і смерті людей на виробництві шляхом розроблення національної політики, системи й програми безпеки й гігієни праці, що приймаються на базі проведених консультацій із найбільшими організаціями роботодавців і працівників і повинні враховувати принципи, що закладені в актах МОП і стосуються основ, які сприяють безпеці та гігієні праці.

Система соціального страхування в Україні загалом і соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві й професійного захворювання зокрема повинні розвиватися на основі стратегічних завдань МОП у сфері соціального забезпечення з метою соціальної справедливості та справедливої глобалізації з урахуванням чотирьох стратегічних завдань МОП: 1) сприяти застосуванню норм і основоположних принципів і прав у сфері праці; 2) створювати більш широкі можливості для жінок і чоловіків у плані забезпечення гідних робочих місць і доходів; 3) розширювати охоплення й підвищувати ефективність соціального захисту для всіх; 4) зміцнювати трипартизм і соціальний діалог на основі забезпечення гендерної рівності та боротьби з дискримінацією в якості наскрізних тем [3].

Із моменту створення в 1919 р. МОП робить спроби поширення передового досвіду у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві. МОП прийняла Конвенцію № 12 «Про відшкодування при нещасних випадках на виробництві в сільському господарстві» 1921 р., а через чотири роки МОП знову повернулася до розгляду цього питання, наслідком чого стало прийняття Конвенції № 17 «Про відшкодування працівникам при нещасних випадках на виробництві» 1925 р., Конвенції № 18 «Про відшкодування працівникам при професійних захворюваннях» 1925 р., Конвенції № 19 «Про рівноправність громадян країни й іноземців у галузі відшкодування працівникам при нещасних випадках» 1925 р., яка закликала до рівних умов у виплаті компенсацій місцевим і іноземним працівникам [4].

Еволюція розвитку міжнародно-правових актів МОП у сфері захисту від виробничого травматизму здійснюється в напрямку всебічного захисту прав людини від негативних наслідків впливу виробничого середовища.

Генезис правового регулювання у сфері захисту від виробничого травматизму в рамках МОП прослідковується в таких актах:

1) мінімальні норми захисту від виробничого травматизму – Конвенція МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення» 1952 р. [5]; була ратифікована Україною у 2016 р. [6];

2) високі норми захисту від виробничого травматизму – Конвенція МОП № 121 «Про допомогу у випадках виробничого травматизму» 1964 р. та супровідна їй Рекомендація № 121 «Щодо допомоги у випадках виробничого травматизму» 1964 р., наразі Конвенція не ратифікована Україною. У Генеральній угоді на 2016–2017 рр. соціальні партнери домовилися працювати в напрямку ратифікації цієї Конвенції [7];

3) базовий захист – Рекомендація № 202 «Щодо мінімальних рівнів соціального захисту» 2012 р. [8] У Рекомендації № 202 дається додаткова настанова щодо розроблення та реалізації національних стратегій розширення сфери охоплення соціальним забезпеченням на основі національних консультацій у рамках ефективного соціального діалогу та тристоронньої участі. Ці стратегії повинні в пріоритетному порядку передбачати введення й реалізацію національних мінімальних рівнів соціального захисту, а також орієнтуватися на забезпечення більш високими рівнями захисту для максимально більшої кількості людей з урахуванням економічних і фінансових можливостей держав-членів і в максимально стислі строки. Підвищення рівнів захисту може означати розширення переліку допомоги, розширення сфери персонального охоплення та збільшення розміру допомоги. Така процедура повинна починатися зі встановлення цілей, що відображають національні пріоритети; виявляти перешкоди та прогалини в захисті; прагнути заповнити прогалини в захисті за допомогою належних засобів; визначати фінансові потреби та ресурси, а також строки здійснення й послідовність поступового досягнення цілей. Особливий наголос робиться на підвищенні рівня поінформованості населення, зокрема за допомогою соціального діалогу [9].

Основні групи питань, які розглядаються в названих Конвенціях і Рекомендаціях МОП, – об'єкт захисту (тобто що має охоплюватися системою захисту від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання); категорія осіб, які підлягають захисту; види забезпечення та його розмір; тривалість виплат.

Системою захисту від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання відповідно до Конвенції МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення» 1952 р. і Конвенції МОП № 121 «Про допомогу у випадках виробничого травматизму» 1964 р. мають бути охоплені такі фактори: слабка здоров'я й нездатність працювати через пов'язаний із роботою нещасний випадок або захворювання, що призвело до припинення отримання заробітку; повна втрата здатності отримувати дохід або часткова втрата в установленому ступені з великою ймовірністю постійного характеру або відповідна втрата працездатності;

утрата підтримки сім'ї в разі смерті годувальника. Рекомендація № 202 «Щодо мінімальних рівнів соціального захисту» 2012 р. – забезпечення базового доходу для осіб, які не здатні отримати достатній дохід через нещасний випадок на виробництві.

Щодо захищених осіб, то Конвенція № 102 визначає не менше ніж 50% усіх працюючих, а стосовно допомоги в разі смерті годувальника – також його дружину й дітей. Конвенція № 121 визначає, що захисту підлягають усі працюючі за наймом (включаючи учнів) у приватному й суспільному секторах, зокрема працюючі в кооперативах, а в разі смерті годувальника родини – установлені категорії одержувачів допомоги. Крім того, держава може передбачити виключення щодо осіб, зайнятість яких має випадковий характер і які не зв'язані з діяльністю їхнього роботодавця; надомників; членів родини роботодавця, які живуть в його домі, відносно їхньої роботи на нього; щодо інших категорій працюючих, кількість яких не перевищує 10% від усіх працюючих [10]. Рекомендація № 202 визначає, що захисту підлягають як мінімум усі економічно активні резиденти з урахуванням міжнародних зобов'язань.

Щодо видів забезпечення, то Конвенція № 102 передбачає медичні послуги та відповідні види допомоги (догляд лікаря загальної практики, послуги спеціалістів, стоматологічне обслуговування, сестринський догляд; медикаменти, реабілітація, протезування з метою підтримки, відновлення або поліпшення здоров'я й працездатності, а також здатності обслуговування особистих потреб); грошову допомогу у вигляді періодичних виплат (як мінімум 50% від заробітної плати у випадках непрацездатності або інвалідності; як мінімум 40% від заробітної плати в разі смерті годувальника з урахуванням інфляційних процесів); одноразових виплат, якщо недієздатність має незначний характер і компетентні органи будуть визнавати, що сума буде використана належним чином.

Конвенція № 121 передбачає аналогічну до Конвенції № 102 медичну допомогу й одноразові виплати. Що стосується грошової допомоги, то передбачено періодичні виплати як мінімум 60% від заробітної плати у випадках нездатності працювати або інвалідності; як мінімум 50% від заробітної плати в разі смерті годувальника.

Рекомендація № 202 визначає, що розмір грошової допомоги повинен бути на такому рівні, що гарантує базовий дохід для забезпечення фактичного доступу до необхідних товарів і послуг; скорочує бідність, вразливість і соціальну ізоляцію, запобігає їй, а також дає можливість жити в гідних умовах. Окрім того, розміри допомоги повинні регулярно переглядатися.

Щодо тривалості виплат, то Конвенція № 102 встановлює, що виплати мають здійснюватися доти, доки особа потребуватиме догляду за здоров'ям або залишатиметься недієздатною. Період очікування відсутній, за винятком тимчасової непрацездатності (максимальний період очікування – три дні). Конвенція № 121 встановлює, що виплати мають здійснюватися доти,

доки особа потребуватиме догляду за здоров'ям або залишатиметься недієздатною, а Рекомендація № 202 – доки буде неможливо отримувати достатній дохід [8].

**Висновки.** Отже, на підставі вищезазначеного можна дійти деяких висновків. По-перше, виходячи з того, що Україна є членом МОП, необхідно орієнтуватися на міжнародно-правові стандарти у сфері захисту працівників від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання з метою забезпечення стандартів гідної праці. У зв'язку із цим необхідно ратифікувати Конвенцію МОП № 121 «Про допомоги у випадках виробничого травматизму» 1964 р. По-друге, з метою вдосконалення правового регулювання системи соціального страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання згідно з нормами Рекомендації МОП № 202 «Щодо мінімальних рівнів соціального захисту» 2012 р. необхідно розробити національну стратегію захисту прав працівників від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання на основі принципу трипартизму за участю соціальних партнерів (уряду, об'єднань організацій роботодавців і профспілок).

По-третє, підвищення національних правових стандартів у сфері захисту від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання має здійснюватися в таких напрямках: збільшення кількості застрахованих осіб із метою забезпечення захисту всього економічно активного населення з урахуванням міжнародних зобов'язань; збільшення рівня забезпечення до того, що гарантує доступ до необхідних товарів і послуг, а також життя в гідних умовах; забезпечення постраждалим має надаватися, поки буде неможливо отримувати достатній дохід.

### *Література:*

1. Стресс на рабочем месте: коллективный вызов / Группа технической поддержки по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. – Москва : МОТ, 2016. – 37 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/sro-moscow/documents/genericdocument/wcms\\_485968.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/sro-moscow/documents/genericdocument/wcms_485968.pdf).
2. Національне дослідження з питань реєстрації нещасних випадків на виробництві, професійних захворювань та повідомлення про них [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed\\_protect/protrav/safework/documents/publication/wcms\\_208295.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/safework/documents/publication/wcms_208295.pdf).
3. Социальное обеспечение в целях социальной справедливости и справедливой глобализации: Доклад VI / Международная конференция труда, 100-я сессия, 2011 г. – Женева : МБТ, 2011. – 202 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_154242.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_154242.pdf).
4. Усиление роли программ страхования в предотвращении несчастных случаев на производстве и профессиональной заболеваемости / Группа технической поддержки по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. – Москва : ILO, 2016. – 56 с. [Електронний

- ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/sro-moscow/documents/publication/wcms\\_492746.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/sro-moscow/documents/publication/wcms_492746.pdf).
5. Конвенція МОП № 102 Про мінімальні норми соціального забезпечення 1952 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993\\_011](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_011).
  6. Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці про мінімальні норми соціального забезпечення № 102 : Закон України від 16.03.2016 р. № 1024-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1024-19/paran5#n5>.
  7. Генеральна угода про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2016–2017 рр. від 23.08.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/file/text/47/f459993n6.zip>.
  8. Доклад о социальной защите в мире 2014/15: обеспечение экономического восстановления, инклюзивного развития и социальной справедливости / Группа технической поддержки по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. – Москва : МОТ, 2015. – 436 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/sro-moscow/documents/publication/wcms\\_390985.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/sro-moscow/documents/publication/wcms_390985.pdf).
  9. Стратегія Міжнародної організації праці. Соціальне забезпечення для всіх: розбудова мінімальних рівнів соціального захисту та всеосяжних систем соціального забезпечення: узагальнений виклад / Міжнародна організація праці, Бюро МОП для країн Центральної та Східної Європи. – Будапешт : МОП, 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://komspir.rada.gov.ua/uploads/documents/30080.pdf>.
  10. Про допомоги у випадках виробничого травматизму : Конвенція МОП № 121 1964 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993\\_306](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993_306).

**Трунова Г. А. Защита работников от несчастного случая на производстве и профессионального заболевания: международно-правовой аспект**

В статье исследуется правовая регламентация актами Международной организации труда вопроса защиты работников от несчастного случая на производстве и профессионального заболевания. Приведены основные международно-правовые акты в сфере безопасности труда, в первую очередь, те, что способствуют защите от несчастного случая на производстве, устанавливая нормы по контролю над травматизмом на производстве и нормы по его профилактике. Осуществлен анализ основных конвенций и рекомендаций МОТ, которые устанавливают как минимальные правовые стандарты в области защиты от несчастного случая на производстве, так и развитые и прогрессивные нормы, на которые следует ориентироваться национальной правовой системе с целью усовершенствования действующего законодательства о социальном страховании от несчастного случая на производстве и профессионального заболевания.

**Ключевые слова:** социальное страхование, несчастный случай на производстве, профессиональное заболевание, Международная организация труда, конвенция, рекомендация, работник.



**Trunova G. Protection of employees from industrial accidents and occupational diseases: the international legal aspect**

**Summary.** The article deals with the legal regulation of the protection of employees from industrial accidents and occupational diseases by acts of the International Labor Organization. It has been determined that the social insurance system in Ukraine and social insurance against industrial accidents and occupational diseases, in particular, should be developed on the basis of the ILO's strategic objectives in the field of social security with a view to social justice and equitable globalization.

The main international legal acts in the field of labor safety are presented, in the first place, such acts help to protect employees against industrial accidents by establishing standards for controlling injuries at work and norms for its prevention. The analysis of the main ILO Conventions and Recommendations has been conducted, mentioned acts establish the minimum legal standards in the field of protection against industrial accidents, as well as advanced and progressive norms that should be guided by the national legal system in order to improve the current legislation on social insurance against industrial accidents and occupational disease.

It has been concluded the necessity of ratification of the ILO Convention № 121 Employment Injury Benefits Convention, 1964, of development of a national strategy for protecting employees' rights from industrial accidents and occupational diseases on the basis of the principle of tripartism with the participation of social partners, and also outlined the main directions for increasing national legal standards in the field of protection against industrial accidents and occupational diseases.

**Key words:** social insurance, industrial accident, occupational disease, International Labor Organization, Convention, Recommendation, employee.

## МІЖНАРОДНЕ МОРСЬКЕ ПРАВО

---

---

УДК 341.64

**БОЙКО І. С.,**

кандидат політичних наук, доцент, доцент кафедри морського права  
Національного університету «Одеська морська академія»

### АРБІТРАЖНА ПРАКТИКА ПОСТІЙНОЇ ПАЛАТИ ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ ЩОДО МІЖДЕРЖАВНИХ МОРСЬКИХ СПОРІВ

**Анотація.** У статті здійснено аналіз рішень арбітражних трибуналів стосовно міжнародних морських спорів; систематизовані справи, щодо яких були призначені тимчасові заходи правового захисту; доведена наявність усталеної арбітражної практики (*jurisprudence constante*) щодо розв'язання міжнародних морських спорів публічно-правового характеру.

**Ключові слова:** Постійна палата третейського суду, міждержавні морські спори, усталена арбітражна практика.

**Постановка проблеми.** У доктрині міжнародного права відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН арбітражні рішення характеризуються як допоміжний засіб регулювання міжнародно-правових відносин [1]. Проблема визначення юридичної сили документів, що приймаються в результаті вирішення міжнародних спорів арбітражними інституціями, має конкретний зв'язок із практикою виконання рішень, оскільки в певних ситуаціях держави не вважають себе зобов'язаними реалізувати арбітражні приписи. В умовах збройного конфлікту між Російською Федерацією й Україною, розв'язання якого здійснюється за допомогою судово-арбітражних установ (Міжнародний Суд ООН, Міжнародний кримінальний суд, Європейський суд із прав людини, Постійна палата третейського суду), актуальним є дослідження судово-арбітражної практики. Автор статті присвятила низку публікацій цій проблемі [2].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Загальні питання міжнародного арбітражу вивчав С. Лазарєв, його монографічна праця «Міжнародний арбітраж» присвячена історії розвитку міжнародного арбітражу, арбітражній процедурі, компетенції Постійної палати третейського суду, арбітражів *ad hoc*, камер *ad hoc* Міжнародного суду ООН [3]. Окремі питання арбітражного вирішення міжнародних морських спорів проаналізовані зарубіжними та вітчизняними фахівцями з міжнародного права (Р. Черчілль, Н. Клейн, Т. Стіфенс, Б. Квятковська, М. Антуніас, М. Еванс, Р. Алямкін, М. Буроменський, В. Буткевич, І. Дмитриченко, Т. Саксіна, Г. Шинкарецька, О. Шемякін) [4].

**Мета статті** – проаналізувати рішення арбітражних трибуналів стосовно міжнародних морських спорів. Наукові завдання: а) систематизувати справи, щодо яких були призначені тимчасові заходи правового захисту; б) довести наявність усталеної арбітражної практики (*jurisprudence constante*) щодо розв'язання міжнародних морських спорів публічно-правового характеру.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** «Класичним» постійно діючим арбітражем вважають Постійну палату третейського суду (далі – ППТС), яку засновано 1899 р. на базі Конвенції про мирне вирішення міжнародних спорів, що прийнята на 1-ій Гаазькій конференції 29.07.1899 р. (переглянута на 2-ій Гаазькій конференції 18 жовтня 1907 р., тому її прийнято називати «1907 Convention»). ППТС почала працювати в 1902 р. та функціонує досі, але Палата не є постійним арбітражним органом, незважаючи на те, що вона має Міжнародне бюро, яке знаходиться в Гаазі й виконує функції, що відповідають повноваженням судової канцелярії (ст. 43 Конвенції). Бюро веде список юристів (до чотирьох осіб від однієї держави-учасниці, які разом складають так звану «національну групу» цієї держави), з якого відповідні сторони спору можуть вибирати членів арбітражного трибуналу (ст. 44). Станом на 2017 р. сторонами Конвенції є 121 держава-учасниця [5].

На початок вересня 2017 р. ППТС створила 39 арбітражних трибуналів щодо розгляду міжнародних публічно-правових спорів, серед яких є врегульовані міждержавні справи; також є справи, що розглядаються. До останньої групи слід віднести справу за № 2017-16, що стосується позову України проти Російської Федерації, в якому йдеться про порушення прибережних прав України в Чорному морі, Азовському морі та Керченській протоці. У так званих «ранніх» справах (таких можна нарахувати близько третини від загальної кількості) вирішувалися спірні питання стосовно територіальних і морських кордонів, суверенітету, міжнародних інвестицій, міжнародної та регіональної торгівлі. Найбільш цитованою є справа за № 1909-01 щодо рибальства в Північно-Атлантичному узбережжі (спір «Велика Британія проти США») [6].

Аналіз другої частини справ слід почати з розгляду спору між Еритреєю і Йеменом щодо суверенітету та морської делімітації в Червоному

морі (справа № 1996-04). Саме ця справа стала практичним утіленням нормативних положень Конвенції з морського права 1982 р. (UNCLOS), зокрема частини XV (урегулювання спорів) і додатків VI (Статут Міжнародного трибуналу з морського права), VII (арбітраж), VIII (спеціальний арбітраж). Відповідно до ст. 283 Конвенції ООН із морського права при виникненні спору щодо тлумачення чи застосування Конвенції сторони спору зобов'язані використовувати мирні засоби врегулювання спору, серед яких арбітраж має бути застосований, але тільки після використання всіх можливих засобів дипломатичного характеру (найбільш популярними засобами політичного характеру є обмін нотами, переговори). Згідно з п. 5 ст. 287 розділу 2 частини XV, «якщо сторони в спорі не прийняли одну й ту ж процедуру для врегулювання спору, спір може бути переданий тільки на арбітраж згідно з Додатком VII, якщо сторони не домовляться про інше» [7].

У справі «Еритрея проти Йемену» було прийнято два арбітражних рішення: про територіальний суверенітет і зміст спору (рішення від 9.10.1998 р.) [8] і про морську делімітацію в Червоному морі (рішення від 17.12.1999 р.) [9]. Предметом спору були острови: острів Джабаль ат-Тайр (Jabal al-Tayr), група островів Зубайр (Zubayr Group), група островів Хейкокс (Haucocks), група островів Мохаббакас (Mohabbakahs) і група островів Зукар-Ханіш (Zuqar-Hanish Group), що за умов відпливу займають стратегічне положення в південній частині Червоного моря біля входу в Баб-ель-Мандебську протоку. Трибунал установив, що жодна зі сторін переконливо не довела право власності на острови: Йемен стверджував, що так слід вважати на підставі стародавнього (історичного) титулу, Еритрея – що так слід вважати внаслідок правонаступництва. Переглянувши докази, Трибунал вирішив, що Еритрея має суверенітет над групою островів Мохаббакас, Хейкокс і південно-західними скелями через їх близькість до материкової землі [8, § 482]. Трибунал виявив, що Йемен має суверенітет над групою островів Зубайр через установлення й обслуговування маяків на деяких із цих островів і включення островів Зубайр у дві угоди про видобуток нафти, які підписані Йеменом із приватними фірмами [8, § 524]. Йемен був також визнаний суверенним над групою островів Зукар-Ханіш [8, § 487]. Питання територіального суверенітету Трибунал вирішив згідно з міжнародно-правовими принципами, правилами, попередньою практикою. Морський кордон між Еритреєю та Йеменом був установлений згідно з положеннями ст. ст. 5, 15 Конвенції ООН із морського права: «При визначенні місцезнаходження лінії рівної відстані була взята нормальна вихідна лінія»; «міждержавний кордон – це серединна лінія між двома протилежними узбережжями, з незначними змінами, що викликані наявністю островів; кожна точка лінії – на рівній відстані від найближчих точок вихідних ліній кожної з двох держав» [7].

Рішення у справі містить посилання на попередні справи, що вирішувалися Постійною палатою міжнародного правосуддя (справа «Данія проти Норвегії» щодо статусу Східної Гренландії, 1933 р.), Міжнародним

Судом ООН (справа «Об'єднане Королівство проти Норвегії» щодо рибальства, 1951 р.; справи «ФРН проти Данії», «ФРН проти Нідерландів» щодо делімітації континентального шельфу в Північному морі, 1969 р.), а також арбітражним трибуналом, сформованим ППТС (справа «Нідерланди проти США» щодо острову Пальмас, 1928 р.). Тому висновок професора Нідерландського інституту морського права Б. Квятковської, яка, посилаючись на §§ 20, 39–43, 117, 165–168 рішення «Про морську делімітацію в Червоному морі», зазначила, що «сучасне міжнародне право щодо морської делімітації розроблене Міжнародним судом і арбітражними судами» [10], вважаємо таким, що відображає виконання міжнародними судово-арбітражними установами правотворчої функції.

Маємо сміливість зробити припущення, що оскільки головою трибуналу був видатний дослідник міжнародного права – сер Роберт Дженнінгс, то рішення має численні посилання на доктринальні думки вчених і практиків – фахівців із міжнародного права (D. Bowett, D. O'Connell, Ch. Forster, J. Chelhod, R. Daguene, A. Sanhoury, M. Kadouri тощо) і матеріали Енциклопедії з публічного міжнародного права (томи 6, 7).

Постійна палата третейського суду сформувала 13 арбітражних трибуналів для розгляду міждержавних спорів відповідно до Додатка VII до Конвенції ООН із морського права: 1) спір «Ірландія проти Об'єданого Королівства» щодо заводу МОКС (справа № 2002-01); 2) спір «Малайзія проти Сінгапуру» щодо земель у районі протоки Джохор (справа № 2004-05); 3) спір «Барбадос проти Тринідад і Тобаго» щодо делімітації виключної економічної зони та континентального шельфу (справа № 2004-02); 4) спір «Гайана проти Суринаму» щодо делімітації морського кордону (справа № 2004-04); 5) спір «Бангладеш проти Індії» щодо делімітації морського кордону між Бангладеш і Республікою Індія (справа № 2010-16); 6) спір «Аргентина проти Гани» щодо затримання аргентинського фрегата «ARA Libertad» (справа № 2013-11); 7) спір «Італія проти Індії» щодо інциденту з нафтовим танкером «Enrica Lexie» (справа № 2015-28); 8) спір «Республіка Маврикій проти Об'єданого Королівства» щодо заповідного району навколо архіпелагу Чаго (справа № 2011-03); 9) спір «Республіка Філіппіни проти Народної республіки Китай» щодо Південно-Китайського моря (справа № 2013-19); 10) спір «Королівство Данія проти Європейського Союзу» щодо Фарерських островів; 11) спір «Королівство Нідерланди проти Російської Федерації» щодо затримання судна «Arctic Sunrise» у виключній економічній зоні Російської Федерації (справа № 2014-02); 12) спір «Республіка Мальта проти Республіки Сан-Томе і Принсіпі» щодо арешту судна «Duzgit Integrity» (справа № 2014-07); 13) спір «Україна проти Російської Федерації» щодо прибережних прав у Чорному морі, Азовському морі та Керченській протоці (справа № 2017-06).

Відповідно до п. 5 ст. 290 Конвенції ООН із морського права «до створення арбітражу Міжнародний трибунал із морського права <...> може наказати, змінити або відмінити тимчасові заходи, якщо цього потребує

терміновий характер ситуації...». Майже половина спорів, що розглядались арбітражними трибуналами, які були зареєстровані ППТС, згідно з Додатком VII до Конвенції ООН із морського права вирішувались із застосуванням тимчасових заходів, які були прийняті Міжнародним трибуналом із морського права (див. таблицю 1).

Арбітражне рішення спору щодо вилову блакитного тунця в південній частині Тихого океану – першій досвід вирішення спору арбітражним трибуналом, що був сформований згідно з Додатком VII до Конвенції ООН

Таблиця 1

	Арбітражна установа	Справа (№)	Рішення	Документ (назва, дата)
Інцидент з «Enrica Lexie» (Республіка Італія проти Республіки Індія) / The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India)	1) МТМП [ITLOS]	№ 24	Тимчасові заходи	Наказ від 24.08.2015 р.
	2) ППТС [PCA]	№ 2015-28	Провадження справи триває	
Справа «Arctic Sunrise» (Королівство Нідерланди проти Російської Федерації) / The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)	1) МТМП	№ 22	Тимчасові заходи	Наказ від 22.11.2013 р.
	2) ППТС	№ 2014-02	Рішення щодо компенсації від 10.07.2017 / Award on Compensation of 10 July 2017	
Справа «ARA Libertad» (Республіка Аргентина проти Республіки Гана) / The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana)	1) МТМП	№ 20	Тимчасові заходи	Наказ від 15.12.2012 р.
	2) ППТС	№ 2013-11	Наказ про припинення розгляду від 11.11.2013 р. / Termination Order of 11 November 2013	
Справа щодо меліорації земель у Сінгапурі та навколо протоки Джохор (Малайзія проти Сінгапуру) / Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)	1) МТМП	№ 12	Тимчасові заходи	Наказ від 8.10.2003 р.
	2) ППТС	№ 2004-05	Рішення щодо узгодження від 1.09.2005 р. / Award on Agreed Terms of 01 September 2005	
Справа щодо заводу MOX (Ірландія проти Об'єднаного Королівства) / The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)	1) МТМП	№ 10	Тимчасові заходи	Наказ від 3.12.2001 р.
	2) ППТС	№ 2002-01	Наказ про припинення розгляду від 6.06.2008 / Termination of proceedings Order N 6 of 6 June 2008	
Справи щодо південного блакитного тунця (Нова Зеландія, Австралія проти Японії) / Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)	МТМП	№№ 3, 4	Тимчасові заходи	Наказ від 27.08.1999 р.

**Примітка:** обов'язкова юридична сила наказів щодо тимчасових заходів визначається положеннями ст. 290 (б) Конвенції ООН із морського права та ст. 95 (1) Регламенту МТМП.

із морського права. Позов був заявлений Австралією та Новою Зеландією проти Японії, яка проводила так звану експериментальну риболовну програму. Австралія та Нова Зеландія звернулися до Міжнародного трибуналу з морського права з проханням про припис тимчасових заходів, що Трибунал і зробив, видавши наказ від 27.08.1999 р. Арбітражний трибунал, зареєстрований ППТС, рішення не прийняв, оскільки «відсутня юрисдикція щодо розв'язання такого спору по суті»: Австралія, Нова Зеландія та Японія в 1993 р. прийняли Конвенцію щодо збереження південного блакитного тунця, ст. 16 якої закріплює умову звернення до судових процедур – згоду на судовий розгляд усіх сторін спору [11]. Сторони спірної ситуації урегулювали її самостійно, прийнявши тристоронню угоду з урахуванням вимог Міжнародного трибуналу з морського права.

Вважаємо за потрібне проаналізувати матеріали спору «Республіка Філіппіни проти Народної Республіки Китай» (справа № 2013-19), оскільки зовнішньополітичні дії КНР і Російської Федерації мають аналогічні риси та наслідки.

Позов Філіппін містив 15 пунктів, що їх об'єднувала скарга на дії Китаю відносно суверенних прав Філіппін. Законність так званої «лінії дев'яти пунктирів», що була накреслена в 1947 р. урядом Китаю, оскаржувалася урядом Філіппін. Проблема «дев'ятипунктирної лінії» («лінія дев'яти пунктирів», або «U-подібна лінія») полягає в тому, що: 1) ніколи не були визначені точні координати розташування штрихів; 2) Китай жодного разу не прояснив, чи поширюються його права на розміщені всередині «лінії» острови й скелі, звідки можна визначити права на морську територію. Важливим чинником, який зумовлює необхідність правового визначення юридичного статусу «лінії», є наявність покладів нафти (щонайменше 7 мільярдів барелів) і газу (близько 25 трильйонів кубометрів), а також в окресленій акваторії здійснюється близько 10% світового риболовства [12]. Крім того, офіційний Пекін із кінця 2012 р. проводив у Південно-Китайському морі масштабні гідротехнічні та будівельні роботи, зокрема й щодо намівання штучних островів і спорудження на них військових об'єктів. Китай вважає, що має історичні права на архіпелаг Сиша (Парасельські острови), острови Наньша (Спратлі) і Хуанянь (риф Скарборо), незважаючи на віддаленість островів на багато сотень кілометрів від китайського узбережжя. Філіппіни були особливо занепокоєні агресивними діями Китаю щодо рифу Скарборо, що розташований приблизно в 225 км від узбережжя Філіппін.

Нормативно-правові документи, які тлумачилися та застосувалися трибуналом, – Конвенція ООН із морського права, Віденська конвенція про право міжнародних договорів, Конвенція про територіальне море та прилеглу зону, Конвенція про континентальний шельф [13]. Обидві держави є учасницями Конвенції ООН із морського права: Республіка Філіппіни ратифікувала її 8.05.1984 р., КНР – 7.07.1996 р. Відповідно до розділу XV і Додатка VII до Конвенції Філіппіни розпочали арбітраж проти

Китаю 22.01.2013 р. Але Китай заявив відмову щодо участі в провадженні. Арбітражний трибунал вказав Китаю на обов'язок виконувати рішення у справі, посилаючись на низку попередніх справ. Зокрема йдеться про такі справи, як «Нікарагуа проти США» (МС ООН прийняв рішення [Judgment] 27.06.1986 р.), «Королівство Нідерланди проти Російської Федерації» (МТМП прийняв рішення [Award on Compensation] 10.07.2017 р.). Крім того, Трибунал захистив процесуальні права Філіппін, указуючи, що сторона – учасниця спору «не повинна бути поставлена в невідгідне становище через неявку (неучасть) іншої сторони в провадженні», указуючи на усталену практику стосовно процесуальних прав і обов'язків сторін спору [14, § 122].

Трибунал залучив незалежного технічного експерта – пана Гранта Бойза, який аналізував географічну та гідрографічну інформацію, інші технічні докази. Оскільки Китай ігнорував участь у справі, п. Бойзу було доручено зробити «критичну оцінку експертних консультацій, що були проведені Філіппінами» [14, § 133]

У процесуальній постанові № 4 від 21.04.2015 р. Трибунал указав на досвід міжнародних судів і трибуналів щодо розгляду справ в умовах «неучасті» іншої сторони спору [15].

Параграфи рішення у справі 220–269 містять роз'яснення Трибуналу щодо понять «історичні права», «історичні води», «історичні затоки» з посиланням на попередню судову практику: а) рішення, які були прийняті Міжнародним судом ООН: справа щодо рибних ресурсів (спір між Великою Британією та Норвегією, рішення від 18.12.1951 р.), справа про юрисдикцію щодо рибних ресурсів (спір між Великою Британією й Ісландією, рішення від 25.07.1974 р.), справа про юрисдикцію щодо рибних ресурсів (спір між ФРН та Ісландією, рішення від 25.07.1974 р.), справа про континентальний шельф (спір між Тунісом і Лівією, рішення від 24.02.1982 р.), справа щодо делімітації морського кордону в затоці Мен (спір між Канадою та США, рішення від 12.10.1984 р.), справа щодо о. Касікілі/Седуду (спір між Ботсваною та Намібією, рішення від 13.12.1999 р.), справа про морську делімітацію та територіальні питання (спір між Катаром і Бахрейном, рішення від 16.03.2001 р.), справа щодо територіального та морського кордону між Нікарагуа та Колумбією, рішення від 19.11.2012 р.); б) рішення Міжнародного трибуналу з морського права – справа щодо судна «Louisa» (спір між Сент-Вінсент і Гренадінами проти Королівства Іспанії, наказ про тимчасові заходи від 23.12.2010 р.); справа щодо делімітації морського кордону між Бангладешем і М'янмою в Бенгальській затоці (спір між Бангладешем і М'янмою, рішення від 14.03.2012 р.); запит, поданий субрегіональною комісією з рибальства, щодо консультативного висновку (консультативний висновок від 2.04.2015 р.); справа щодо делімітації морського кордону в Атлантичному океані (спір між Ганою та Кот-д-Івуаром, наказ про тимчасові заходи від 25.04.2015 р.); в) рішення арбітражних трибуналів – справа щодо континентального шельфу між Об'єднаним Королівством і Франці-



єю (спір між Об'єднаним Королівством і Республікою Франція, рішення від 30.06.1977 р.); справа щодо суверенітету та морської делімітації в Червоному морі (спір між Еритреею та Йеменом, рішення від 17.12.1999 р.); справа щодо району Абей (спір між урядом Судану та Народно-визвольним рухом Судану, рішення від 22.06.2009 р.); справа щодо гідроелектричного проекту на річці Кішенганг (спір між Пакистаном та Індією, рішення від 18.02.2013 р.); справа щодо заповідного морського району Чагос (спір між Маврикієм і Об'єднаним Королівством, рішення від 18.03.2015 р.).

Отже, Трибунал зазначив, що «історичний титул» створюється в результаті тривалого та постійного використання морських територій за умов, що інші держави не мають заперечень щодо цього стану, а також вони не декларують протестів із цього приводу. Трибунал чітко формулює положення, відповідно до якого «історична навігація та рибальство поза територіальним морем не можуть бути основою для виникнення історичного права», посилаючись на рішення справ щодо затоки Мен (Канада проти США) і морського кордону (Нікарагуа проти Колумбії) [14, § 270].

Трибунал установив, що так звана «лінія дев'яти пунктирів» має бути визнана незаконною. Незважаючи на те, що китайські рибалки протягом тривалого періоду користувались островами на спірних територіях, Китай не має правових засад заявляти претензії на історичні права щодо корисних копалин у цьому регіоні [14, §§ 742–802].

Трибунал визначив, що штучно створені острови не можуть створювати виключної економічної зони, оскільки на них не проживає населення. Згідно з положеннями міжнародного права такі острови не мають виключну економічну зону в 200 морських миль порівняно з населеними островами. Трибунал звернув увагу на таке: «Розташування персоналу на островах залежить від зовнішньої (державної) підтримки та не відображає потенціал островів, <...> жоден з островів архіпелагу Спратлі не може створити навколо себе морські зони» [14, §§ 270, 420]. Дії офіційного Пекіну визнаються незаконними, оскільки вони скоєні на територіях, що знаходяться у винятковій економічній зоні Філіппін. Тому будівництво штучних островів і втручання в рибальську й видобувну діяльність Маніли з боку Пекіна має незаконний характер [14, §§ 331–552].

Трибуналом встановлено, що КНР винна в нанесенні шкоди навколишньому середовищу. Зокрема, це пов'язано з масштабною операцією щодо побудови островів, яка зашкодила кораловим рифам. Китай порушив зобов'язання із захисту та збереження екосистем [14, §§ 941, 1167, 1168].

Дії Китаю порушують права людства, ставлячи під загрозу морську екосистему. Подальші заходи щодо вирішення проблемної ситуації – переговори, регіональні угоди, але офіційний Пекін не визнає рішення арбітражного трибуналу, називаючи його «нікчемним і таким, що не має зобов'язуючої сили». Уряд КНР наголошує: «Територіальний суверенітет і морські права й інтереси Китаю в Південнокитайському морі за жодних обставин не можуть порушуватися такими рішеннями» [16].

**Висновки.** Таким чином, дослідження арбітражної практики щодо міждержавних морських спорів дозволяє стверджувати, що міжнародний арбітраж виконує правотворчу функцію. Рішення ППТС мають прецедентний характер переконливого змісту.

Арбітражні рішення роблять вагомий вклад у розвиток міжнародного права та міжнародного процесуального права: а) питання щодо історичних вод, історичного титулу вирішуються завдяки судовій практиці; б) накази про тимчасові засоби видаються на основі численного цитування попередніх справ, зокрема процесуального характеру.

12.07.2016 р. Постійна палата третейського суду ухвалила рішення в спорі між Китаєм і Філіппінами щодо островів Південно-Китайського моря, відмовивши Пекіну в претензіях на ці території. Арбітражний трибунал вирішив, що спірні території архіпелагу Спратлі не становлять виняткової економічної зони, оскільки вони не є природними островами, а є кораловими рифами, штучно перетвореними на острови. Китай порушив право на суверенітет Філіппін, коли почав розвідку нафти й газу в районі спірного архіпелагу Спратлі. Протягом року після прийняття рішення керівництво КНР не виконує його та намагається силовим методом змусити міжнародне співтовариство визнати його права в Південно-Китайському морі. Отже, загроза миру в регіоні досі існує, тому вкрай необхідно вдосконалити механізм щодо обов'язкового виконання рішень міжнародних арбітражно-судових установ.

#### *Література:*

1. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26.06.1945 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_010).
2. Див.: Бойко І. Російсько-український конфлікт: судова стадія врегулювання / І. Бойко // Юридичний науковий електронний журнал. – 2017. – № 3. – С. 203–206; Бойко І. Україна проти Російської Федерації: врегулювання конфлікту Міжнародним Судом ООН / І. Бойко // Науковий вісник публічного та приватного права. – 2017. – № 1. – С. 260–265; Бойко І. Збройні міждержавні спори у практиці Європейського суду з прав людини / І. Бойко // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – 2017. – № 3. – С. 229–233.
3. Лазарев С. Международный арбитраж / С. Лазарев. – М. : Междунар.отношения, 1991. – 216 с.
4. Див.: Churchill, R. Law of the Sea.– 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.global.britannica.com>; Klein N. Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea / N. Klein. – Cambridge, 2005.– 456 p.; Stephens T. International Courts and Environmental Protection / T. Stephens. – Cambridge, 2009. – 458 p.; Marques Antunes N.S. The Eritrea-Yemen Arbitration: First Stage The Law of Title to Territory Re-Averred / N.S. Marques Antunes // International and Comparative Law Quarterly. April 1999. – Vol. 48. – Part 2; Evans M.D. The Maritime Delimitation Between Eritrea and Yemen / M. Evans // Leiden Journal of International Law. – 2001. – Vol. 14.; Дмитриченко І. Розмежування морських

- просторів між прибережними державами в міжнародному морському праві: теорія і практика : дисертація канд. юрид. наук: 12.00.11 / І. Дмитриченко / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2003.; Саксина Т. Дело о южном голубом тунце: (Southern Bluefin Tuna Case) / Т. Саксина // Московский журнал международного права. – 2007. – № 1. – С. 126–148; Саксина Т. Арбитражное решение по спору между Эритреей и Йеменом о морских границах / Т. Саксина // Юрист-международник. – 2007. – № 2. – С. 18–25; Шемякин А. Современное международное морское право и перспективы его развития / А. Шемякин. – Одесса : ОНМА, 2003. – 316 с.
5. 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/>.
  6. The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain / United States of America). Award of the Tribunal of 7 September 1910 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://pcacases.com/web/sendAttach/496>.
  7. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10.12.1982 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_057](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_057).
  8. The Eritrea – Yemen Arbitration. Phase I: Territorial and Scope of Dispute [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://pcacases.com/web/sendAttach/517>.
  9. The Eritrea – Yemen Dispute. Award of the Arbitral Tribunal in the Second Sale of the proceedings (Maritime Delimitation) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://pcacases.com/web/sendAttach/518>.
  10. Kwiatkowska B. The Eritrea/Yemen Arbitration: Landmark Progress In The Acquisition Of Territorial Sovereignty and Equitable Maritime Boundary Delimitation / B. Kwiatkowska // IBRU Boundary and Security Bulletin. – 2000. – P. 66–86 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.dur.ac.uk/ibru/publications/download/?id=bsb8-1\\_kwiatkowska.pdf](https://www.dur.ac.uk/ibru/publications/download/?id=bsb8-1_kwiatkowska.pdf).
  11. Convention for the conservation of southern bluefin tuna of 10 May 1993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=08000002800b05d5>.
  12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vsemirnyjbank.org/ru/news/press-release/2017/06/06/> ; [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.worldfishcenter.org/content/annual-report-2016>.
  13. United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 33(1), 22 May 1969, Convention on the Continental Shelf, Art. 1, 25 April 1958, Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Art. 10, 29 April 1958.
  14. The South China Sea Arbitration. Award of 12 July 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>.
  15. The South China Sea Arbitration. Procedural Order № 4 of 21 April 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://pcacases.com/web/sendAttach/1807>
  16. Див.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dw.com/uk/19395923>.

**Бойко И. С. Арбитражная практика Постоянной палаты третейского суда в отношении межгосударственных морских споров**

**Аннотация.** В статье проанализированы решения арбитражных трибуналов в отношении международных морских споров; систематизированы дела, по которым были назначены временные меры правовой защиты; доказано наличие устойчивой арбитражной практики (*jurisprudence constante*) по решению международных морских споров публично-правового характера.

**Ключевые слова:** Постоянная палата третейского суда, межгосударственные морские споры, сложившаяся арбитражная практика.

**Boiko I. Arbitration practice of the Permanent Court of Arbitration with respect to interstate maritime disputes**

**Summary.** The article analyzes the decisions of arbitration tribunals concerning international maritime disputes; the cases are systematized for which temporary measures of legal protection were prescribed; the author proved the existence of law-making arbitration practice (*jurisprudence constante*) regarding the resolution of international maritime disputes of a public-law nature.

International arbitration performs the law-making function. The PCA decisions have the precedent nature of convincing content.

Arbitration decisions make a significant contribution to the development of international law and international procedural law: a) the issues of historical waters, the historical title are solved through judicial practice; b) the orders for provisional measures are adopted on the basis of numerical citing of preliminary cases, in particular procedural nature.

The dispute “The Republic of the Philippines v. the People’s Republic of China” (Case No. 2013-19) was analyzed, because the foreign policy actions of China and the Russian Federation have similar features and effects.

During the year after the decision, the leadership of the People’s Republic of China does not execute the arbitration award and tries to force the international community to recognize its rights in the South China Sea. Consequently, the threat to peace in the region still has been existing, therefore, it is extremely necessary to improve the mechanism for mandatory enforcement of decisions of international arbitration and judicial institutions.

**Key words:** the Permanent Court of Arbitration, interstate maritime disputes, law-making arbitration practice.

УДК 342.1/8

**КРИЛОВ М. А.,**  
аспірант кафедри міжнародного права та міжнародних відносин  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ОСОБЛИВОСТІ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ ЧЛЕНІВ ЕКІПАЖУ МОРСЬКОГО СУДНА

**Анотація.** Звичайною вимогою до здійснення дипломатичного захисту державою є наявність громадянства в особи, якій такий захист надається. Як виняток, відповідно до загальновизнаної міжнародної практики дипломатичний захист може надаватися державою іноземним громадянам, які є членами екіпажу судна, що плаває під прапором цієї держави. Виникнення практики здійснення державою прапора захисту моряків-іноземців можна пояснити презумпцією того, що всі моряки на борту корабля є громадянами держави прапора, а також відсутністю в низці випадків достовірної та ґрунтовної документації щодо членів екіпажу судна. Визнання такої практики є набагато простішим і ефективнішим засобом захисту всіх членів екіпажу, ніж вимога, щоб держави громадянства членів екіпажу заявляли окремі претензії від імені своїх громадян.

**Ключові слова:** дипломатичний захист, член екіпажу, держава прапора, громадянство, моряк-іноземець.

**Постановка проблеми.** Інститут дипломатичного захисту є невід'ємним елементом системи міжнародного права і являє собою процес захисту державою своїх громадян у разі порушення їхніх прав протиправними діями іншої держави. Зазвичай передумовою надання дипломатичного захисту державою є наявність громадянства в особи, якій такий захист надається. Як виняток, відповідно до загальновизнаної міжнародної практики дипломатичний захист може надаватися державою іноземним громадянам, які є членами екіпажу судна, що плаває під прапором цієї держави, а також іноземним громадянам, які перебувають на службі в збройних силах цієї держави [1, с. 480].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання, пов'язані з дипломатичним захистом, не залишалися поза увагою юридичної науки, різним аспектам цієї проблематики присвячено роботи С. Амерасінґа, Е. Борчарда, І. Веделя, А. Вермеєр-Кюнцлі, Д. Гвоздецького, В. Єпіфанова, І. Лукашука, О. Попкової, Ш. Содікова та ін.

**Метою статті** є дослідження особливостей надання дипломатичного захисту членам екіпажу морського судна, підстав визнання права держави прапора на захист членів екіпажу та практики його реалізації.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** У доктрині та практиці міжнародного права здавна визнається, що держава має повне право здійснювати захист іноземних громадян, які перебувають на службі в збройних силах держави, і іноземних громадян – членів екіпажу військових кораблів держави. Як зазначає Г. Шварценбергер, виключна юрисдикція держави над військовослужбовцями за кордоном у мирний час зробила практику держав терпимою до права на захист держави щодо військовослужбовців незалежно від їхнього громадянства [2, с. 593]. На його думку, таке право обґрунтовується насамперед національною приналежністю збройних сил або кораблів і неподільністю такого роду «корпоративного» громадянства. Проте щодо наявності подібного права на захист стосовно іноземних громадян – членів екіпажу торгових судів, на думку Шварценбергера, навряд чи можна говорити про усталену норму міжнародного права, але не можна й стверджувати, що такого права в рамках міжнародного права в держав немає взагалі.

Більш рішуче на підтримку такого права щодо захисту іноземних моряків висловлюється англійський юрист П. Уейс, який вважає, що «захист, який надається іноземним морякам, службовцям на військовому кораблі чи торговому судні, що несе прапор держави, яка надає захист, є практикою, заснованою на міжнародному звичаї і внутрішньому праві, і такий захист обмежений строком служби» [3]. Підтримує цей погляд і інший англійський дослідник А. Уоттс, який зазначає, що право держави на захист іноземців – членів екіпажів торгових суден, що плавають під її прапором, є своєрідним винятком із загального правила щодо громадянства при висуванні претензій [4].

На думку відомого американського юриста-міжнародника Е. Борчарда, категорією осіб, які необов'язково мають громадянство США, але які в той час, коли вони знаходяться на службі на американських судах, мають право на захист США, є моряки [5, с. 475]. Визнання права держави прапора здійснювати захист усіх категорій іноземних моряків на кораблях і суднах знаходить підтримку в практиці держав.

Одним із прецедентів позитивного вирішення питання про надання захисту морякам-іноземцям є справа «Маккріді (США) проти Мексики» 1868 р. У цій справі спір виник унаслідок захоплення силами Мексики корабля під американським прапором і взяття під варту його екіпажу. Відповідно до прийнятого рішення було визнане право США на захист члена екіпажу американського корабля, американське громадянство якого не було належним чином підтверджене. Розглядаючи справу, суддя висловив думку про те, що моряки, які перебувають на службі у військово-морському чи торговельному флоті під прапором, який не є їхнім власним, мають право на час такої служби на захист держави прапора, під яким вони служать.

Позитивним було й рішення у справі «Рішельє (США) проти Іспанії» 1904 р., в якій комісія з претензій прийняла за поданням США рішення на користь Рішельє, підданого Франції, який у 1872 р. заявив про намір стати

громадянином США й згодом протягом більше 20 років служив на американських торгових суднах.

Проте визнання права держави прапора на захист членів екіпажів судна незалежно від їхнього громадянства не було одностайним. Так, у справі «Шилдс (США) проти Чилі» і «Хілсон (США) проти Німеччини» Сполученим Штатам було відмовлено в задоволенні їхніх претензій щодо моряків-іноземців, членів екіпажів американських кораблів, на тій підставі, що відповідно з досягнутим компромісом США могли пред'являти претензії тільки щодо своїх громадян. Проте у справі Хілсон суддя Едвін Б. Паркер погодився з тим, що подібного роду претензії відповідно до міжнародного права цілком можуть бути пред'явлені державами [4, с. 694–695].

У 1915 р. влада Великої Британії відмовила США в задоволенні претензії щодо громадянина Німеччини Пьєпенбрінка (члена екіпажу американського судна, який заявив про своє бажання стати американським громадянином) на тій підставі, що Пьєпенбрінк на момент пред'явлення претензії все ж мав німецьке громадянство [4, с. 695].

Непослідовною щодо визнання права держави прапора на захист усіх членів екіпажу судна є й позиція США. Так, під час розгляду в 1933–1935 рр. претензії уряду Канади до уряду США щодо канадського корабля “*Im Alone*”, коли канадська сторона виступила на захист членів екіпажу, які не були громадянами Канади, представники США висловилися проти можливості пред'явлення претензій державою щодо моряків-іноземців, тим самим відкидаючи аргументи, які вони використовували раніше [6, с. 193–195].

Практика надання захисту іноземним морякам превалювала в США, на підтримку правомірності здійснення такого захисту висловлювалися й представники Британії. Положення про те, що моряки-іноземці, які є членами екіпажу італійського судна, користуються захистом італійського прапора, містилося і в італійських інструкціях [4, с. 697]. У липні 1957 р. Міністерство закордонних справ Данії доручило своїй дипломатичній місії в Каїрі звернутися до Міністерства закордонних справ Єгипту з проханням надати роз'яснення щодо обставин затримання громадянина Ізраїлю Рафі Ейллона, члена екіпажу данського корабля, який, як стало відомо, був заарештований владою Єгипту за звинуваченням у шпигунстві. Датське представництво в Єгипті звернулося до МЗС Єгипту, але ніяких пояснень від єгипетської влади не отримало. Ізраїльська сторона проінформувала про цей інцидент Раду Безпеки ООН. 15 серпня Р. Ейлон був переданий єгиптянами ізраїльській владі.

Підтримка права держави прапора на захист моряків-іноземців була висловлена в 1949 р. під час розгляду в Міжнародному суді ООН питання про відшкодування збитку, понесеного на службі ООН, суддями Хекворт і Бадаві-паша. Суддя Хекворт висловив думку про те, що повноваження держави, яка надає захист морякам-іноземцям, зумовлені особливим становищем моряків, статус яких прирівнюється до статусу громадян

[4, с. 703–704]. Суддя Бадаві в окремій думці висловив аргумент про те, що захист моряків-іноземців пов'язаний із «захистом прапора». Більше того, він висловив думку, що захист держави прапора поширюється на всіх осіб, які перебувають на судні, незалежно від їх громадянства. Сформульоване таким чином правило по суті справи не перешкоджає державі прапора здійснювати захист не тільки моряків-іноземців, але й пасажирів-іноземців.

Міжнародні арбітражні рішення не дозволяють зробити остаточний висновок щодо права держави прапора поширювати захист на моряків, які не є її громадянами, проте арбітри скоріше схилиються на користь такого права, ніж виступають проти нього. У справі Маккріді арбітр сер Е. Торнтон стверджував, що «моряки, які відбувають службу у військово-морському або торговельному флоті під прапором, який не є їхнім власним, мають право на захист прапора, під яким вони служать» [7, с. 2536].

У 1999 р. Міжнародний трибунал із морського права у справі «Saiga» виніс своє рішення, в якому надається підтримка праву держави прапора домагатися відшкодування для членів екіпажу, які не є її громадянами. Спір у цій справі виник у зв'язку із затриманням Гвінеєю судна «Saiga», коли воно забезпечувало паливом риболовецькі судна поблизу берегів Гвінеї. Судно «Saiga» було зареєстроване в Сент-Вінсенті й Гренадінах, а його капітан і екіпаж були громадянами України. На борту під час арешту перебувало також троє сенегальських робітників. Після арешту Гвінея затримала судно й екіпаж. Під час розгляду в Міжнародному трибуналі ООН із морського права (далі – МТМП) цієї справи Гвінея заперечувала проти прийнятності претензії Сент-Вінсента, зокрема на тій підставі, що потерпілі члени екіпажу не були громадянами Сент-Вінсента. Трибунал відкинув ці заперечення проти претензії й виніс рішення про те, що Гвінея порушила права Сент-Вінсента, заарештувавши й затримавши судно і його екіпаж. Трибунал розпорядився, щоб Гвінея виплатила компенсацію Сент-Вінсенту за збиток судну «Saiga» й за шкоду, заподіяну його екіпажу. Хоча МТМП розглядав цей спір насамперед як спір, пов'язаний із прямим збитком Сент-Вінсенту, аргументи Трибуналу наводять на думку про те, що він розглядав це питання і як справу відносно захисту екіпажу, у чомусь схожу з дипломатичним захистом, але в той же час відмінну від нього. Гвінея явно заперечувала проти прийнятності претензії стосовно екіпажу на тій підставі, що вона була претензією щодо дипломатичного захисту осіб, які не є громадянами Сент-Вінсента [8, с. 103]. Сент-Вінсент так само ясно наполягав на тому, що він має право захищати членів екіпажу судна під своїм прапором «незалежно від їхнього громадянства». Відкинувши заперечення Гвінеї, МТМП заявив, що Конвенція ООН із морського права не фіксує жодної різниці між громадянами й негромадянами держави прапора. Він підкреслив, що «судно, усі предмети на ньому й усі особи, які беруть участь або зацікавлені в його операціях, розглядаються як єдине ціле, пов'язане з державою прапора. Громадянство й національність цих осіб не мають значення» [8, с. 106]. Є переконливі політичні причини для того,



щоб дозволити державі прапора домагатися відшкодування для екіпажу судна. Це було визнано МТМП у справі «Saiga», коли він звернув увагу на «нестійкий і багатонаціональний склад екіпажів судів» і заявив, що великі судна «можуть мати екіпаж, що складається з осіб різної національності. Якщо кожна особа, яка несе збитки, була б зобов'язана звертатися за захистом до держави, громадянином якої така особа є, виникли б труднощі» [8, с. 107]. При цьому не слід ігнорувати практичні міркування, пов'язані з пред'явленням претензій. Набагато простіше й ефективніше, щоб одна держава домогалася відшкодування від імені всіх членів екіпажу, ніж вимагати, щоб держави громадянства всіх членів екіпажу заявляли окремі претензії від імені своїх громадян.

**Висновки.** Підтримка права держави прапора домагатися відшкодування для членів екіпажу судна є виправданою. Пояснити виникнення практики здійснення державою захисту моряків-іноземців можна презумпцією того, що всі моряки на борту корабля є громадянами держави прапора, а також відсутністю в низці випадків достовірної та ґрунтовної документації щодо членів екіпажів кораблів. Визнання такої практики є набагато простішим і ефективнішим засобом захисту всіх членів екіпажу, ніж вимога, щоб держави громадянства членів екіпажу заявляли окремі претензії від імені своїх громадян.

#### *Література:*

1. Brownlie I. Principles of Public International Law. / I. Brownlie. Fourth Edition. – Oxford, Clarendon Press, 1990.
2. Schwarzenberger G. International Law. / G. Schwarzenberger. Vol. 1. 3 ed. – London, Stevens and Sons Ltd., 1957.
3. Weis P. Nationality and Statelessness in International Law. 2 ed. / P. Weis. – Alphen aan den Rijn, 1979.
4. Watts A. The Protection of Aliens Seamen / A. Watts // The International and Comparative Law Quarterly, British Institute of International and Comparative Law. – London, 1958. – Vol. 7, part 4. – P. 691–711.
5. Borchard E. Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims / E. Borchard. – New York, The Banks Law Publishing Co., 1916.
6. Cuthbert J. Nationality and Diplomatic Protection / J. Cuthbert. The Commonwealth of Nations. – The Hague, A.W. Sijthoff-Leyden, 1969.
7. McCready (U.S. v. Mexico), J. Moore, International Arbitrations, Vol. 3.
8. The M/V “Saiga” (No. 2) case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) // Judgment, ITLOS Reports. – 1999. – Vol. 3.

**Крылов М. А. Особенности дипломатической защиты членов экипажа морского судна**

**Аннотация.** Обычным требованием осуществления дипломатической защиты государством является наличие гражданства у лица, которому такая защита предоставляется. Как исключение, в соответствии с общепризнанной международной практикой дипломатическая защита может предоставляться государством иностранным гражданам, которые являются членами экипажа судна, плавающего под флагом этого государства. Возникновение практики осуществления государством флага защиты моряков-иностранцев можно объяснить презумпцией того, что все моряки на борту корабля являются гражданами государства флага, а также отсутствием в ряде случаев достоверной и основательной документации в отношении членов экипажа судна. Признание такой практики является намного более простым и эффективным средством защиты всех членов экипажа, чем требование, чтобы государства гражданства членов экипажа заявляли отдельные претензии от имени своих граждан.

**Ключевые слова:** дипломатическая защита, член экипажа, государство флага, гражданство, моряк-иностранец.

**Krylov M. Peculiarities of the diplomatic protection of crew members of a marine vessel**

**Summary.** A common requirement for the exercise of the diplomatic protection by a state is the possession of this state's citizenship by the person to whom such protection is granted. As an exception, in accordance with a generally accepted international practice, the diplomatic protection can be provided by the state to foreign citizens who are members of the crew of a swimming under the flag of that state. The emergence of the practice of the seamen-foreigners' diplomatic protection by the state of the flag can be explained by the presumption that all seafarers aboard the ship are citizens of the state of the flag, as well as the absence in some cases of reliable and thorough documentation regarding the crew members of the vessel. Recognition of this practice is a much simpler and more effective means of protecting all crew members than requiring that the states of nationality of crew members claim separate claims on behalf of their citizens.

**Key words:** diplomatic protection, crew member, flag state, citizenship, alien sailor.

# МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

---

---

УДК 341.9

**ІСАКОВА В. М.,**  
кандидат юридичних наук, асистент кафедри міжнародного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ПОРУШЕННЯ ПРИНЦИПІВ ДОБРОСОВІСНОСТІ Й АВТОНОМІЇ ВОЛІ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВІДЕНСЬКОЮ КОНВЕНЦІЄЮ ООН «ПРО ДОГОВОРИ МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ТОВАРІВ»: ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПІДХІД

**Анотація.** Стаття присвячена основним проблемам відповідальності за порушення принципів добросовісності й автономії волі сторін у міжнародно-правовому регулюванні торговельних відносин. Розкрито сутність принципу добросовісності у відносинах міжнародної торгівлі. Проаналізовано зміст принципу автономії волі сторін у процесі реалізації договірних відносин міжнародної купівлі-продажу товарів. Досліджено зміст Віденської конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» на предмет закріплення принципів добросовісності й автономії волі сторін. Проведено аналіз видів відповідальності за порушення принципів добросовісності й автономії, закріплених у Конвенції. Визначено доктринальні проблеми практичного застосування відповідальності за порушення вказаних принципів.

**Ключові слова:** міжнародна купівля та продаж товарів, Віденська конвенція ООН, принцип добросовісності, принцип автономії, відповідальність.

**Постановка проблеми.** Сучасне міжнародно-правове регулювання договірних відносин набуває все більшого розвитку. Постійні процеси узгодження окремих положень міжнародних конвенцій, консультації з приводу нових угод, вивчення й узагальнення арбітражної практики – усе це створює необхідне підґрунтя для подальшого закріплення принципів між-

народної торгівлі на рівні положень окремих міжнародно-правових актів. Одним із таких актів є Віденська конвенція ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (далі – Конвенція). У більшості випадків вона є рамковим документом, який визначає загальні засади регулювання договірних відносин у сфері міжнародної торгівлі. Але регулювання відбувається не на рівні імперативного впливу, а скоріше на рівні правовстановлення. Це означає, що основна цінність такої Конвенції полягає в практичному втіленні принципів, за якими здійснюється міжнародна торгівля, основними з них, безумовно, є добросовісність виконання договірних зобов'язань і автономія волі сторони в договірних відносинах. Натомість Конвенції не вистачає дієвості, яку б міг надати механізм притягнення до відповідальності в разі порушення її положень не підписантами, а суб'єктами господарювання (резидентами підписантів). З огляду на це інститут відповідальності за порушення норм Конвенції підлягає дослідженню на рівні міжнародно-правової доктрини.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання міжнародно-правового регулювання торговельних відносин Віденською конвенцією ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» досліджувалися багатьма вченими, зокрема А.М. Гуменчуком, Б.В. Дерев'янко, А.С. Довгертом, С.М. Задорожною, Д.Г. Павленко, А.Г. Покачаловою та ін. Однак, на відміну від вивчення принципів автономії волі та добросовісності, відповідальність як інструмент надання більшої дієвості нормам Конвенції та статичності відносин міжнародної торгівлі практично не досліджений.

**Метою статті** є аналіз на доктринальному рівні можливості закріплення відповідальності за порушення принципів добросовісності й автономії, що втілюються у Віденській конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів».

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Самі по собі принципи добросовісності й автономії волі не визначаються у Віденській конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» в якості детермінант чи окремих засад, на яких здійснюється регулювання таких відносин. Проте без цих принципів існування системи міжнародних торговельних відносин неможливе. Принцип добросовісності та принцип автономії волі сторін договірних відносин зумовлюють саме існування моделі таких відносин. Проте вони позбавлені директивного закріплення й утілюються лише опосередковано, і саме тому проблема їх порушення та притягнення за це суб'єктів міжнародних торговельних відносин до відповідальності потребує передусім доктринального, а не практичного вирішення.

Як слушно зауважує А.М. Гуменчук, «у міжнародному комерційному обороті, торгівлі принцип добросовісності є фактично сукупністю таких аспектів: здійснення своїх прав без порушення охоронюваного законом інтересу іншої особи; дотримання правил ділової етики (зокрема звичаїв ділового обороту); надання контрагенту достовірних відомостей про себе та про юридичну особу, від імені та в інтересах якої виступає пред-

ставник; надання достовірної інформації про предмет договору тощо» [1]. Іншими словами, принцип добросовісності являє собою втілення такої моделі конкурентної поведінки суб'єкта міжнародних торговельних відносин, яка дає всі підстави стверджувати про дотримання ним зобов'язань без необхідності правових заходів додаткового характеру з боку контрагентів. Такий стан відносин можна назвати стабільним і передбачуваним, а отже, ефективним із погляду досягнення цілей міжнародно-правового регулювання.

У цьому контексті слушним видається розуміння принципу добросовісності, запропоноване Д.Г. Павленком, який виокремлює його широке та вузьке розуміння. «У широкому значенні добросовісність – це багатоаспектна правова категорія, що являє собою систему різнопорядкових юридично значимих проявів, які здійснюють самостійний регулюючий вплив на цивільні правовідносини й тісно пов'язані між собою. Багатоаспектність цієї категорії полягає в тому, що добросовісність одночасно є нормою прямої дії, імперативом, принципом і презумпцією права. У вузькому значенні добросовісність визначається як кожен окремий із наведених вище проявів, що має самостійний вплив на цивільні правовідносини» [6, с. 5]. Такий підхід до визначення добросовісності цілком відповідає парадигмі міжнародно-правового регулювання. Норми міжнародного торговельного права навряд чи можуть бути імперативними, ураховуючи основний зміст відносин торгівлі – диспозитивність у виборі контрагентів і моделей поведінки під час обрання цінової, збутової політики тощо. Але поєднанням всіх зазначених елементів досягається головна мета міжнародно-правового регулювання – створення передумов для забезпечення ефективної рамкової системи міжнародних відносин. А це означає, що принцип добросовісності може розкриватися через об'єктивний і суб'єктивний характери.

Так, об'єктивність добросовісності полягає в тому, що суб'єкт міжнародних торговельних відносин на практиці вчиняє дії, спрямовані на реальне виконання своїх зобов'язань, і власним прикладом створює необхідне підґрунтя для дзеркального ставлення до себе з боку контрагента. Суб'єктивність принципу добросовісності проявляється в тому, які саме мотиви штовхають суб'єкта міжнародної торгівлі на дотримання власних зобов'язань. Поєднання суб'єктивного й об'єктивного неминуче, оскільки з погляду предмета дослідження статті суб'єктивне уявлення про добросовісність багато в чому походить від небажання суб'єкта відчутти на собі негативний вплив міжнародно-правового регулювання в разі недотримання ним зобов'язань за договором. Щоправда, слушно буде зауважити, що суб'єктивність добросовісності походить і від бажання убезпечити себе від непрогнозованих дій контрагента за договором міжнародної торгівлі, якщо сам суб'єкт не дотримуватиметься взятих на себе зобов'язань.

Що ж до самої Віденської конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів», то принцип добросовісності, на думку А.М. Гуменчука, там розкривається так:

- «кожен чинний, діючий, дійсний міжнародний договір повинен сумлінно виконуватися його учасниками;
- добросовісним вважається точне, належне, своєчасне і якісне виконання всіх вимог договору;
- забороняється одностороннє припинення дії чи зміна умов договору (ст. 12. Конвенції);
- країни-учасниці цієї Конвенції не мають права посилалися на положення свого національного законодавства в разі невиконання ними договору» [1].

Щодо відповідальності за порушення принципу добросовісності, закріпленого в Конвенції, слід звернути увагу на положення ст. 98, відповідно до якої «не допускаються жодні застереження, крім тих, що прямо передбачені цією Конвенцією» [4]. Це означає, що невиконання умов і вимог цієї Конвенції тягне за собою відповідальність.

Відповідно до ст. 36 «продавець несе відповідальність за договором і за цією Конвенцією за будь-яку невідповідність товару, яка існує в момент переходу ризику на покупця, якщо навіть ця невідповідність стає очевидною пізніше. Продавець також несе відповідальність за будь-яку невідповідність товару, яка виникає після моменту, зазначеного в попередньому пункті» [4]. Отже, слід зауважити на тому, що незважаючи на певну невизначеність і загальність принципу диспозитивності стосовно чіткої його регламентації в тексті Конвенції, вона все ж таки передбачає відповідальність за дії, які своїм змістом порушують вимоги добросовісності до поведінки суб'єкта відносин міжнародної торгівлі.

Аналіз положень Конвенції засвідчує відсутність, по-перше, вичерпного переліку видів відповідальності; по-друге, відсутність чітко визначених механізмів притягнення до неї. Так, звертає на себе увагу ст. 45: «Якщо продавець не виконує яке-небудь зі своїх зобов'язань за договором або за цією Конвенцією, покупець може:

- здійснити права, передбачені у ст. ст. 46–52 (засоби правового впливу);
- вимагати відшкодування збитків, як це передбачено у ст. ст. 74–77 (порядок визначення збитків)» [4].

Заходи правового впливу не можуть вважатися відповідальністю суб'єкта відносин, що порушив власні зобов'язання, оскільки стосуються можливостей суб'єкта, чії права порушені, ужити додаткових заходів у межах договору. Прикладом таких заходів може бути продовження розумних строків виконання договору. Натомість Конвенція містить і цілком конкретні приклади міжнародно-правової відповідальності суб'єктів відносин міжнародної торгівлі, що настає в разі її невиконання. Зокрема, до цих видів відповідальності належать такі:

- відшкодування збитків (наприклад, ст. ст. 34, 45, 74–77);
- відшкодування відсотків. Так, відповідно до ст. 78 Конвенції, «якщо сторона допустила прострочення у виплаті ціни чи іншої суми, інша сто-

рона має право на відсотки з простроченої суми, без шкоди для будь-якої вимоги про відшкодування збитків, які можуть бути стягнуті на підставі ст. 74» [4];

– зменшення вартості товару (ст. 50 Конвенції). Такий вид відповідальності є надзвичайно прогресивним з погляду правового впливу, оскільки передбачає лише волю покупця сплатити меншу вартість за товар, поставка якого відбувалася з порушенням умов чи строків, або товар був неналежної якості. Іншими словами, такий вид відповідальності, як зменшення вартості товару, може застосовуватися лише в разі неможливості для покупця реалізувати в подальшому такий товар за ринковою ціною.

Слід зауважити, що суто доктринально останній вид відповідальності виходить за межі правового розуміння господарсько-правових санкцій, оскільки передбачає односторонню зміну умов договору з одночасним погіршенням правового становища контрагента. Норма ст. 50 Конвенції описує умови зменшення ціни, але при цьому не позбавляє продавця, який поставив товар неналежної якості, можливості довести власну невинуватість у судовому чи арбітражному порядку, тобто застосування зменшення ціни товару може мати зворотні наслідки у вигляді відшкодування покупцем недоотриманої вигоди продавцю.

Що ж до відшкодування збитків, то тут слід звернути увагу на положення ст. 74, відповідно до якої «збитки за порушення договору однією зі сторін становлять суму, що дорівнює тій шкоді, включаючи упущену вигоду, якої зазнала інша сторона внаслідок порушення договору. Такі збитки не можуть перевищувати шкоди, яку сторона, що порушила договір, передбачала чи повинна була передбачати в момент укладення договору як можливий наслідок його порушення, ураховуючи обставини, про які вона в той час знала чи повинна була знати» [4]. Це положення є класичним із погляду практики ведення міжнародної торгівлі, а тому не вимагає окремої уваги та дослідження в теоретико-методологічній площині.

Окремо доцільно зауважити, що «відповідальність за невиконання договору міжнародної купівлі-продажу товарів настає за сам факт порушення договору. Вина сторони при цьому не враховується. Про це свідчать ст. 45 і ст. 61 Віденської конвенції. Проте в ст. 79 Віденської конвенції зазначено, що сторона не несе відповідальності за невиконання будь-якого зі своїх зобов'язань, якщо доведе, що це було викликано перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків. У цьому разі визначення «перешкода поза контролем» за своїми принциповими характеристиками можна визнати тотожним визначенню непереборної сили» [2, с. 7].

Що стосується принципу автономії волі сторін, то слід констатувати, що тут положення Конвенції не є такими однозначними та вичерпними, як регулювання питання відповідальності за порушення принципу добросовісності.

На думку А.Г. Покачалової, «автономія волі сторін є загально визнаним принципом міжнародного приватного права, який відіграє особливу роль у регулюванні міжнародних договорів. Автономія волі дозволяє сторонам договору реалізувати свою свободу шляхом вибору норм того чи іншого правопорядку. У зв'язку з розвиненістю цього інституту він отримав закріплення як на міжнародному рівні, так і в законодавстві різних держав» [7, с. 96]. За загальним доктринальним розумінням договірних відносин автономія волі проявляється через механізм узгодження інтересів сторін щодо порядку їх регулювання чи юрисдикції регулюючого органу або через механізм погодження на наявний порядок, в умовах якого відбувається укладення міжнародного договору.

Цю тезу можна підтвердити результатами досліджень С.М. Задорожньої, яка звертає увагу на необхідність «закріплення автономії волі сторони шляхом прямої вказівки в самому договорі або в окремому документі, в якому сторони передбачають підпорядкування своїх зобов'язань певному правопорядку» [3, с. 115]. Якщо ж такої вказівки немає, то відносини сторін регулюються тим правопорядком, в умовах якого ці відносини розпочалися.

У цьому контексті А.Г. Покачалова посилається на роботи А.С. Довггерта, у яких дослідник приходить до висновку, що «сторони договору можуть підпорядковувати договір не лише національному праву конкретної держави, а також і *lex mercatoria*, під яким розуміють сукупність норм, що мають транснаціональний характер, тобто не належать до певної правової системи [5; 7, с. 96]. Конвенція і являє собою приватний випадок *lex mercatoria*, а принцип автономії знаходить своє закріплення у ст. 7, відповідно до якої «питання, що стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, які безпосередньо в ній не вирішені, підлягають вирішенню згідно із загальними принципами, на яких вона ґрунтується, а за умови відсутності таких принципів – згідно з правом, що застосовується відповідно до норм міжнародного приватного права» [4]. Принцип автономії волі якраз і є одним із таких принципів.

Отже, порушення принципу автономії волі сторін фактично означає порушення стороною обраної юрисдикції врегулювання відносин міжнародної торгівлі. Таке порушення має місце в разі одностороннього застосування суб'єктом відносин норм, які раніше не застосовувалися під час урегулювання наявних відносин. Такими нормами, зокрема, можуть бути норми національного законодавства країни, резидентом якої є суб'єкт міжнародних торгівельних відносин.

Доктринально порушення принципу автономії, тобто вибору юрисдикції регулювання відносин, тягне за собою ті ж наслідки, що й порушення умов договору. Разом із тим реальність притягнення до відповідальності в такому разі близька до нульової, оскільки суб'єкт, визнаючи іншу юрисдикцію, одночасно перестає визнавати юрисдикцію, правовий вплив якої визнавався на момент укладення договору. Це дає змогу зробити висновок про те, що в подальшому принцип автономності волі сторін є визначальним із погляду правових наслідків для всіх аспектів відносин між суб'єктами міжнародної



торгівлі, а отже, впливає на можливість і ступінь дотримання прав і обов'язків, а також усіх інших принципів і торговельних звичаїв, покладених в основу системи регулювання міжнародних торговельних відносин.

Вбачається, що саме через те, що є можливість порушення принципу автономії волі та самостійної зміни юрисдикції одним із суб'єктів відносин міжнародної торгівлі, Конвенція закріплює широкий спектр можливостей правового впливу, відмінних від інституту відповідальності. Ці заходи впливу, як правило, забезпечуються за рахунок уже вчинених суб'єктом, що порушив умови договору, дій (поставлена продукція, сплачені кошти тощо). Тобто порушення чи самостійна зміна юрисдикції суб'єктом відносин у подальшому впливає на зміст цих відносин, на можливості сторін щодо захисту власних інтересів, а тому сторона, яка не приймає таку зміну юрисдикції, вправі забезпечити власні інтереси. Самі ж відносини в подальшому припиняються, оскільки юридичний зв'язок між суб'єктами здійснюється засобами різних правових систем, що є неприйнятним.

**Висновки.** Аналіз положень Віденської конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» щодо закріплення принципів добросовісності й автономії волі сторін дає змогу встановити той факт, що їх утілення відбувається в нормах і положеннях, які стосуються належного виконання зобов'язань сторонами відносин міжнародної торгівлі. Це стосується й умов вибору юрисдикції регулювання самих відносин, і умов договору, сумлінне дотримання яких і являє собою модель виконання зобов'язання.

Незважаючи на відсутність прямої вказівки та визначення змісту принципу добросовісності, у Конвенції міститься достатньо видів відповідальності за порушення норм і положень, у яких цей принцип утілено. До таких видів відповідальності Конвенція відносить як класичне відшкодування збитків і відшкодування відсотків, так і неординарний вид відповідальності – примусове (одностороннє) зменшення вартості товару стороною, права якої були порушені. Такий вид відповідальності залишає за суб'єктом відносин, щодо якого він застосований, право на захист уже власних інтересів, але виключно в судовому й арбітражному порядку.

Загалом, на нашу думку, подальша робота з удосконалення й оптимізації міжнародно-правового регулювання відносин міжнародної торгівлі повинна бути спрямована на дослідження та детермінацію всієї сукупності принципів і засад, на яких ґрунтується таке регулювання, а самі принципи потребують імплементації в Конвенцію в якості окремих положень із визначенням їхнього змісту та сутності.

### *Література:*

1. Гуменчук А.М. Принцип добросовісного виконання договорів у міжнародному приватному праві / А.М. Гуменчук [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3398/Гуменчук.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

2. Деревянко Б.В. Питання невиконання договору міжнародної купівлі-продажу товарів / Б.В. Деревянко // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 1. – С. 106–108.
3. Задорожна С.М. Автономія сторін у міжнародному приватному праві : [монографія] / С.М. Задорожна. – Чернівці : Технодрук, 2008. – 216 с.
4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_003/](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_003/).
5. Міжнародне приватне право: науково-практичний коментар закону / за ред. А.С. Довгерт. – Х. : ТОВ «Одісей», 2008. – 352 с.
6. Павленко Д.Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03/ Д.Г. Павленко ; НДІ приват. права і підприємництва АПрН України. – К., 2009. – 20 с.
7. Покачалова А.Г. Автономія волі як основоположний принцип регулювання забезпечення зобов'язань / А.Г. Покачалова // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – Вип. 128. – 2016. – С. 93–101.

**Исакова В. М. Нарушение принципов добросовестности и автономии воли как основание для привлечения к ответственности в рамках Венской конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров»: доктринальный подход**

**Аннотация.** Статья посвящена основным проблемам ответственности за нарушение принципов добросовестности и автономии воли сторон в международно-правовом регулировании торговых отношений. Раскрыта сущность принципа добросовестности в отношениях международной торговли. Проанализировано содержание принципа автономии воли сторон в процессе реализации договорных отношений международной купли-продажи товаров. Исследовано содержание Венской конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» на предмет закрепления принципов добросовестности и автономии воли сторон. Проведен анализ существующих видов ответственности за нарушение принципов добросовестности и автономии, закрепленных в Конвенции. Определены доктринальные проблемы практического применения института международно-правовой ответственности за нарушение указанных принципов.

**Ключевые слова:** международная купля-продажа товаров, Венская конвенция ООН, принцип добросовестности, принцип автономии, ответственность.

**Isakova V. Violation of the principles of good faith and party autonomy as a ground for holding liable in the framework of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods: doctrinal approach**

**Summary.** The article is devoted to key problems of liability for violation of principles of good faith and party autonomy in international legal regulation of trade relations. The core of principle of good faith in international trade relations was covered. The content of principle of party autonomy throughout contractual arrangements of international sale of goods was analyzed. The content of UN Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods was investigated for entrenchment of the principles of good faith and party autonomy. It was carried out the analysis of current types of liability for violation of principles of good faith and party autonomy as enshrined in Convention. The doctrinal approaches of practical usage of liability for violation of mentioned principles were determined.

**Key words:** international sale of goods, UN Vienna Convention, principle of good faith, principle of party autonomy, liability.

УДК 341.96:347.63

**РОЗГОН О. В.,**

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

## КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПОХОДЖЕННЯ ДИТИНИ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

**Анотація.** У статті розкрито сутність колізійного регулювання встановлення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства в Україні й інших державах. Проаналізовані презумпції материнства, установлені законодавством різних держав. Автором запропоноване внесення змін до ст. 65 Закону України «Про міжнародне приватне право» для колізійного регулювання встановлення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства.

**Ключові слова:** колізія, встановлення походження дитини, сурогатне материнство, дитина.

**Постановка проблеми.** Приватноправове регулювання сурогатного материнства – це одне зі складних питань у сучасній міжнародній юридичній практиці. *Ускладнення відносин сурогатного материнства іноземним елементом* часом виникає, коли фактичні батьки – громадяни держави, в якій сурогатне материнство заборонене, виїжджають до іншої держави, де воно легалізоване, із метою скористатися послугами сурогатної матері. Повертаючись до своєї держави, вони звертаються до суду з метою встановлення походження дитини, народженої сурогатною матір'ю, і стикаються з проблемами визнання заснованого на іноземному праві акта цивільного стану, який підтверджує, що вони є батьками дитини, народженої сурогатною матір'ю, або іноземного судового рішення, заснованого на такому акті. У більшості випадків це породжує зіткнення норм і *протиріччя* застосування іноземного права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Різним аспектам сурогатного материнства приділили увагу такі вчені: Н. Аблятіпова, С. Антонов, І. Верес, Х. Вонсович, Г. Дробішевська, Н. Квит, Н. Колосовська, Ю. Коренга та ін. Питаннями колізійного регулювання сурогатного материнства цікавилися Н. Анцух (Н. Байбороша), Н. Квит, Х. Вонсович. Але в працях наведених учених або проаналізовані загальні аспекти, або відсутній аналіз колізійних питань встановлення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства через призму українського законодавства.

**Метою статті** є розгляд питання встановлення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства в межах українського законодавства.

Перспективами цього дослідження буде з'ясування колізій, які виникають при регулюванні відносин сурогатного материнства, зокрема, *установленні походження дитини, народженої в результаті його застосування*.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Підстави встановлення походження дитини при застосуванні репродуктивних технологій (зокрема сурогатного материнства) за українським законодавством визначені у ст. 123 Сімейного кодексу України (далі – СК України). Але оскільки суб'єктами правовідносин сурогатного материнства можуть бути громадяни різних держав, то такі відносини набувають транснаціонального характеру, а це може призвести до виникнення колізій.

Білоруська дослідниця Н. Анцух пропонує класифікацію видів сурогатного материнства.

I. *Генетичний зв'язок між сурогатною матір'ю й народженою нею дитиною*; сурогатне материнство (*sui generis*) припускає наявність генетичного зв'язку між сурогатною матір'ю й народженою нею дитиною; нетрадиційне (гестаційне) сурогатне материнство засноване на відсутності генетичного зв'язку між сурогатною матір'ю й народженою нею дитиною.

II. *Генетичний зв'язок між дитиною, народженою сурогатною матір'ю, та обома чи одним із фактичних батьків цієї дитини*; повне сурогатне материнство означає наявність генетичного зв'язку між обома фактичними батьками дитини, народженої сурогатною матір'ю, та цією дитиною; часткове (усічене) сурогатне материнство – наявність генетичного зв'язку між одним із фактичних батьків дитини, народженої сурогатною матір'ю, і цією дитиною [1].

Необхідність виявлення презумпції материнства має значення для встановлення походження дитини, яку народить сурогатна матір. Щоб вирішити питання, яка презумпція материнства спрацює, слід звернутися до законодавства держав, що дозволяють/забороняють сурогатне материнство. Отже, виокремимо презумпції материнства.

1. *Презумпція материнства сурогатної матері*. Застосовується в таких державах, як Австралія, Азербайджанська Республіка [2], Великобританія, Російська Федерація, Республіка Узбекистан, Німеччина, деякі штати США (Огайо, Вірджинія, Нью-Гемпшир [3, с. 63]), і полягає в тому, що особи, які дали свою згоду на імплантацію ембріона іншій жінці з метою його виношування, можуть бути записані батьками дитини тільки за згодою жінки, яка народила дитину, *тобто сурогатної матері*. Виникає ситуація, яка тягне за собою певні негативні наслідки; особи, які укладають із сурогатною матір'ю договір сурогатного материнства, навіть коли їхній генетичний матеріал використовувався при зачатті дитини, можуть бути не записані батьками цієї дитини, оскільки за законом сурогатна матір має

персональне право відмовитися від передання дитини й надання згоди на запис батьками замовників.

У Новому Південному Уельсі (*Австралія*), наприклад, передбачена *презумпція материнства жінки*, що народила (тобто сурогатної матері), тому біологічній матері (жінці-«замовниці») тут дійсно складно отримати юридичні права материнства [4].

Прогресивний досвід можна віднайти в *штаті Каліфорнія* (США), оскільки на його території встановлено принцип визнання юридичними батьками дитини, народженої сурогатною матір'ю, осіб, які уклали договір із сурогатною матір'ю [5, с. 9], що знайшло відображення в рішенні Верховного Суду Каліфорнії від 20 травня 1993 р. у справі «Джонсон проти Кальверта» (*Johnson v. Calvert*) [6].

За § 1591 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) Німецького цивільного уложення (далі – НЦУ) [7] матір'ю дитини є сурогатна матір, тобто жінка, яка її народила. Згідно з §1592 Німецького цивільного уложення батьком дитини вважається чоловік, який на момент народження дитини перебував у шлюбі з матір'ю (це діє в разі припинення шлюбу внаслідок смерті, якщо протягом 300 днів після його припинення народилася дитина), або той чоловік, який визнав батьківство, або батьківство якого встановлене в судовому порядку. Якщо в жінки, яка уклала новий шлюб, народилася дитина, то ця дитина є такою, що походить від нового чоловіка (ст. 1594 НЦУ).

Зауважимо, що Німеччина не визнає батьківських прав майбутньої матері, навіть якщо вона має іноземне свідоцтво про народження, яке підтверджує, що вона є матір'ю. За аналогією, чоловік майбутньої матері не може вимагати встановлення своїх батьківських прав. Унаслідок такої політики діти, які народжуються від сурогатного материнства для німецьких пар за кордоном, не можуть отримати громадянство Німеччини за народженням. На веб-сайті Міністерства закордонних справ Німеччини чітко зазначається, що її закордонні представництва не видаватимуть паспорти дітям, народженим від сурогатного материнства за кордоном. Тому відповідно до Закону про проживання в Німеччині возз'єднання родини не буде можливим, тобто не можна буде привезти до Німеччини дитину, народжену в результаті сурогатного материнства, якщо тільки вона не матиме відповідних ідентифікаційних документів [8]. Але Верховний суд ФРН (*Bundesgerichtshof*) прийняв рішення щодо визнання законності іноземного рішення про батьківство біологічних батьків у разі сурогатного материнства [9], за яким установлюється, що коли рішення іноземного суду суперечить державній політиці стосовно порушень прав, які також гарантовані Європейською конвенцією з прав людини, то це береться до уваги, а якщо іноземне судове рішення в разі народження дитини сурогатною матір'ю визнає батьківство батьків, то це не означає порушення державної політики, якщо батьки з дитиною генетично пов'язані.

Так, у штаті Огайо суд у справі «Белсіто проти Кларк» [10] змінив позицію під час встановлення походження дитини, ухваливши, що голов-

ним є генетичний зв'язок між батьками та дитиною, а не факт народження сурогатною матір'ю. На нашу думку, проблемною слід вважати ситуацію, яка виникне в разі смерті сурогатної матері, яка не встигла дати свою персональну згоду. Народжена дитина може залишитися сиротою, якщо така ситуація не була передбачена в договорі.

2. Деякі вчені підтримують *презумпцію материнства жінки, що виявила намір бути матір'ю дитини, народженої сурогатною матір'ю*. Ця презумпція переважно має місце в разі використання донорської яйцеклітини. Так, О. Худякова зазначає, що легалізація сурогатного материнства привела до того, що біологічне споріднення й факт народження дитини жінкою не є універсальним критерієм для встановлення батьківських прав, пріоритетним є намір іншої жінки стати матір'ю дитини, закріплений у договорі про сурогатне материнство [11, с. 102]. Це так звана *змішана концепція* встановлення материнства під час реалізації сурогатного материнства згідно зі ст. 53-2 Кодексу республіки Білорусь про шлюб і сім'ю (далі – КпШС Білорусі) – презумпція материнства генетичної матері (якщо при зачатті використовується її яйцеклітина) і презумпція материнства жінки, що виявила намір бути матір'ю дитини (у разі, коли в дружини генетичного батька не утворюються яйцеклітини чи відсутній орган, призначений для виношування плоду (матка)). Н. Анцух вважає за доцільне ввести реєстрацію встановлення материнства для жінки, з якою генетичний батько *не перебуває* в зареєстрованому шлюбі (у разі, коли в неї не утворюються яйцеклітини чи відсутній орган, призначений для виношування плоду (матка)), за аналогією з реєстрацією встановлення батьківства, передбаченою ч. 5 ст. 51 КпШС Білорусі, оскільки під час укладення договору сурогатного материнства жінка, генетичний матеріал якої не використовувався при зачатті дитини, була спільно з генетичним батьком стороною договору сурогатного материнства [12].

Прикладом є судова справа *Buzzanca v. Buzzanca* [13] коли сурогатна матір подала до суду клопотання про визнання її матір'ю дитини, народженої нею. Верховний суд Каліфорнії ухвалив, що чоловік і жінка *Buzzanca* (Бузанка) – законні батьки, а дитина не була б народжена взагалі, якби вони не уклали договір сурогатного материнства із сурогатною матір'ю.

3. *Презумпція материнства генетичної матері дитини, народженої сурогатною матір'ю*, закріплена в праві таких держав, як Республіка Вірменія [14], Республіка Білорусь [15], Республіка Казахстан [16], Україна.

Норми статті 123 СК України ґрунтуються на принципі визнання, згідно з яким правового значення набуває не біологічний момент народження дитини, а соціальний – намір особи визнати дитину своєю. При цьому визнання відбувається до народження дитини – у момент надання згоди на застосування тієї чи іншої репродуктивної технології, тобто особа, яка завідомо знає, що народжена дитина не буде мати з нею генетичного зв'язку, усе ж висловлює бажання встановити батьківські правовідносини із цією дитиною. Донори, навпаки, незважаючи на набуття генетичного

зв'язку з дитиною, не мають права вимагати встановлення правового зв'язку з нею, і генетична спорідненість не визнається законом достатньою підставою для цього [17, с. 159].

На наше переконання, коли має місце колізійне регулювання правовідносин сурогатного материнства у сфері сімейного права, то це відбувається насамперед щодо встановлення походження дитини, народженої за допомогою застосування репродуктивних технологій. Народження дитини, зокрема й за допомогою застосування репродуктивних технологій, тягне за собою настання певних правових наслідків: виникнення особистих немайнових і майнових прав і обов'язків між батьками й дитиною. Зрештою, це потребує опрацювання колізійних прив'язок, які будуть застосовуватися щодо вирішення питання встановлення походження дитини, народженої сурогатною матір'ю.

На нашу думку, слід порівняти колізійні прив'язки щодо встановлення походження дитини, народженої від батьків, і встановлення походження дитини, народженої сурогатною матір'ю. Безумовно, головною колізійною прив'язкою для вирішення питання встановлення походження дитини буде *особистий закон фізичної особи* (lex personalis), який визначає правовий статус фізичної особи, тобто право держави, громадянином якої вона є. Це стосується випадків, коли фізична особа є громадянином однієї держави.

Необхідно окремо зупинитися на *особистому законі фізичної особи*, оскільки в науці розрізняють два підходи до його визначення: або за правом держави її громадянства (lex patrie, lex nationalis), або за законом місця проживання, доміцилію (lex domicilii). Що стосується місця проживання, то переважно мається на увазі *звичайне місце проживання (для біженця та особи без громадянства (у разі відсутності останнього) – це місце перебування)*.

У правовідносинах сурогатного материнства залежно від суб'єктного складу виокремлюються такі аспекти.

1. *Особистий закон дитини на момент її народження* (наприклад, ст. 65 Закону України «Про міжнародне приватне право» [18]) і *особистий закон батьків*. Ураховуючи специфіку правовідносин сурогатного материнства, що в деяких державах є можливість презумпції материнства сурогатної матері та презумпції материнства жінки, що виявила намір бути матір'ю дитини, народженої сурогатною матір'ю, то це буде *особистим законом одного чи обох генетичних батьків, особистим законом сурогатної матері, а також жінки, що виявила намір бути матір'ю дитини, народженої сурогатною матір'ю*. Різновиди особистого закону батьків у законодавствах деяких країн виявляються у вигляді таких прав:

– особистого закону матері; наприклад, у Франції застосовують *особистий закон матері дитини, але на момент народження дитини*. Так, згідно зі ст. 311-14 Цивільного кодексу Франції [19] походження дитини регулюється *особистим законом матері на день народження дитини, а якщо мати невідома – особистим законом дитини*;

– права громадянства особи, яка вимагатиме витребування встановлення чи оспорювання батьківства чи материнства на момент народження дитини або в момент добровільного визнання батьківства чи материнства.

У § 1 ст. 62 Закону «Про кодекс міжнародного приватного права Бельгії» 2004 р. [20] закріплено, що встановлення чи оспорювання батьківства чи материнства особи регулюється правом держави громадянства особи під час народження дитини, а якщо встановлення є результатом добровільного акту – під час здійснення такого акту. У цьому разі колізійним принципом є закон держави громадянства особи, яка висуне вимогу про витребування встановлення або оспорювання батьківства чи материнства на момент народження дитини або в момент добровільного визнання батьківства чи материнства;

2. *Право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок і/або якщо воно є більш сприятливим для дитини.* Відповідно до ст. 52 Кодексу міжнародного приватного права Тунісу 1998 р. [21] судді належить застосувати закон, найбільш сприятливий для встановлення походження дитини, обираючи із закону громадянства відповідача або закону його місця проживання, закону громадянства дитини або закону її місця проживання. Оспорювання походження підкоряється закону, на підставі якого воно встановлене.

За § 21 Федерального закону (далі – ФЗ) Австрії «Про міжнародне приватне право» 1978 р. [22] умови шлюбного походження дитини та його оспорювання визначаються згідно з тим *особистим законом, який подружжя* мало на момент народження дитини або (якщо шлюб був припинений до цього) на момент припинення шлюбу. За наявності особистих законів подружжя, які відрізняються, визначальним є той особистий закон, який *більш сприятливий для шлюбного походження дитини.*

Виходячи із цього, якщо дитина народиться в законному шлюбі, то буде прийнята до уваги колізійна прив'язка особистого закону батьків. А в разі наявності різних громадянств у батьків дитини застосовується той закон, який є найбільш сприятливим для дитини. Окремо цим ФЗ (§ 25) урегульовані питання встановлення й визнання батьківства стосовно позашлюбної дитини: походження визначається за її особистим законом на момент народження, тобто правом держави, громадянином якої вона є на момент народження.

Ст. 66 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює, що права й обов'язки батьків і дітей визначаються особистим законом дитини або правом, яке *має тісний зв'язок із відповідними відносинами і якщо воно є більш сприятливим для дитини.*

Унаслідок того, що фізична особа може бути громадянином *двох або більше держав*, відсилання до закону громадянства не буде ефективним. Тоді для визначення компетентного законодавства держави в розумінні її особистого закону застосовується право тієї з держав, з якою особа має *найбільш тісний зв'язок* (lex causae), зокрема, має місце проживання або



займається основною діяльністю (ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Тож для одного чи обох генетичних батьків, сурогатної матері чи жінки, яка виявила намір бути матір'ю дитини, народженої сурогатною матір'ю, може застосовуватися зазначена прив'язка – право тієї з держав, з якою особа має *найбільш тісний зв'язок*.

У правовідносинах сурогатного материнства варто надати сурогатній матері та генетичним батькам (замовникам) право вибору з декількох колізійних прив'язок, що мають *найбільш тісний зв'язок із відповідними відносинами та є більш сприятливими для дитини*: право держави місця проживання сурогатної матері; право держави місця проживання фактичних батьків; право держави місця народження дитини; право держави місця імплантації ембріона.

3. *Право держави, громадянином якої дитина є за народженням*. Воно прийняте в законодавстві різних держав, наприклад, у ст. 152.1 СК Азербайджанської Республіки [23], ст. 276 Кодексу Республіки Казахстан «Про шлюб (подружнє життя) і сім'ю» [24], ст. 169 СК Киргизької Республіки [25], ст. 162 СК Російської Федерації [26], ст. 173 СК Республіки Таджикистан [27].

4. *Право держави місця проживання дитини*. Відповідно до ст. 50 Закону «Про міжнародне приватне право Грузії» 1998 р. [28] правовідносини, пов'язані з походженням дитини, підпорядковуються праву країни, де вона має звичайне *місце проживання*. Установлення походження дитини від одного з батьків підпорядковується праву країни, до якої належить останній.

Згідно зі ст. 68 ФЗ Швейцарії 1987 р. «Про міжнародне приватне право» [29] визначення, встановлення й оспорування походження дитини регулюються *правом держави її звичайного перебування*. Якщо жоден із батьків не має місця проживання в державі звичайного перебування дитини, що має спільне з батьками громадянство, застосовується *право держави їх громадянства*.

А от п. 62 Закону Естонії «Про міжнародне приватне право» [30] щодо встановлення й оспорування походження дитини дозволяє застосовувати не тільки *право держави місця проживання батьків або дитини*, а й законодавство держави *проживання*, але визначає умову, як і в Законі України «Про міжнародне приватне право», – *момент народження дитини*.

5. Ураховуючи специфіку правовідносин сурогатного материнства, вважаємо, що слід окремо виділити *право держави місця імплантації ембріона й право держави місця народження дитини*.

На нашу думку, доцільно враховувати ці прив'язки хоча б через те, що в державі, де дозволене сурогатне материнство й можна застосувати репродуктивні технології, є норми щодо встановлення походження дитини, народженої за допомогою сурогатного материнства. Договір сурогатного материнства може бути укладений і виконаний на території цієї держави. Найчастіше такою державою є та, громадянкою якої є сурогатна матір і де відбуватиметься процедура імплантації ембріона, виношування, народження та передання дитини.

Пропонуємо також внести зміни до ст. 65 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: замінити колізійну прив'язку, закріплену в ч. 1, і визначити колізійну прив'язку для встановлення батьківства під час реалізації сурогатного материнства шляхом доповнення ч. 2 ст. 65 Закону України «Про міжнародне приватне право» таким реченням: «Установлення батьківства при реалізації сурогатного материнства проводиться за правом країни місця імплантації ембріона або правом, яке має *найбільш тісний зв'язок із відповідними відносинами, якщо воно є більш сприятливим для дитини*».

**Висновки.** Виходячи з аналізу, проведеного під час дослідження, ми дійшли таких висновків:

1) національне право закріплює колізійне регулювання встановлення походження дитини та застосовує право держави, громадянином якої вона є; право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок (зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю; за відсутності місця проживання – місце перебування). Зауважимо, що прогресуючою тенденцією є можливість застосування до цих правовідносин гнучкої колізійної прив'язки «право, яке має тісний зв'язок із відповідними відносинами та є більш сприятливим для дитини»;

2) що стосується колізійного регулювання встановлення походження дитини в інших державах, то застосовуються такі колізійні прив'язки: особистий закон дитини (зокрема на момент її народження); особистий закон батьків (особистий закон матері); право громадянства особи, яка висуне вимогу про витребування встановлення або оспорювання батьківства чи материнства на момент народження дитини або в момент добровільного визнання батьківства чи материнства; право тієї з держав, з якою особа має найбільш тісний зв'язок, і/або якщо воно є більш сприятливим для дитини; право держави, громадянином якої є дитина за народженням; право держави місця проживання дитини;

3) для регулювання питання встановлення батьківства під час реалізації сурогатного материнства в Україні слід керуватися правом країни місця імплантації ембріона чи правом, яке має найбільш тісний зв'язок із відповідними відносинами та є більш сприятливим для дитини.

#### *Література:*

1. Анцух Н. Трансграничные проблемы правового регулирования суррогатного материнства : [монография] / Н. Анцух. – Минск : Четыре четверти, 2015. – 156 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.dslib.net/f/a/p/fac310/5453e5/78b3e9/antsukh\\_monografiya.pdf](http://www.dslib.net/f/a/p/fac310/5453e5/78b3e9/antsukh_monografiya.pdf).
2. О борьбе с торговлей людьми : Закон Азербайджанской Республики от 28.06.2005 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mia.gov.az/?/ru/content/336>.
3. Дронова Ю. Что нужно знать о суррогатном материнстве / Ю. Дронова. – М. : Городец, 2007. – 112 с.

4. Оніщенко О. Сурогатне материнство в Україні та за кордоном: порівняльно-правовий аспект / О. Оніщенко, П. Козіна // Юридичний вісник. – 2015. – № 3(36). – С. 102–108.
5. Айвар Л. Правовые проблемы суррогатного материнства: законодательные предложения / Л. Айвар // Представ. власть – XXI век: законодательство, коммент., проблемы. – 2008. – № 5/6. – С. 8–14.
6. Johnson v. Calvert. Cal., 1993, № S023721 (Westlaw) // University of Miami [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf](http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf).
7. Гражданское уложение Германии. – К. 1. – 2-е изд., допол. – Hamburg: Jurist Verlag GmbH, 2006. – 728 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://pnu.edu.ru/ru/faculties/full\\_time/uf/iogip/study/studentsbooks/histsources2/igpzio63](http://pnu.edu.ru/ru/faculties/full_time/uf/iogip/study/studentsbooks/histsources2/igpzio63).
8. Федеральне Міністерство закордонних справ Німеччини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Infoservice/FAQ/GermanFamilyLaw/Leihmutterschaft.html?nn=479790>.
9. Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Entscheidung über die rechtliche Elternschaft des biologischen Vaters und seines eingetragenen Lebenspartners im Fall der Leihmutterschaft. // § 1591 BGB, § 108 Abs 1 FamFG, § 109 Abs 1 Nr 4 FamFG, Art 1 Abs 1 GG, Art 2 Abs 1 GG [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE311822014&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE311822014&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint).
10. Belsito v. Clark, 644 N.E. 2d 760 (Ohio Com. Pl. 1994) // TASC: The Amer. Surrogacy Center [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.surrogacy.com/Articles/news\\_view.asp?ID=93](http://www.surrogacy.com/Articles/news_view.asp?ID=93).
11. Худякова О. Установление происхождения детей в однополых союзах по законодательству США / О. Худякова // Государство и право. – 2009. – № 6. – С. 97–102.
12. Байбороша Н. Презумпция материнства женщины, изъявившей намерение быть матерью ребенка, рожденного суррогатной матерью / Н. Байбороша // Сборник работ 67-й научной конференции студентов и аспирантов Белорусского государственного университета 17–20 мая 2010 г. : В 3 ч. – Ч. 3. – Минск, 2011. – С. 216–218 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/95555/1/216-218\\_3\\_67.pdf](http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/95555/1/216-218_3_67.pdf).
13. Case Buzzanca v. Buzzanca (In re Marriage of Buzzanca), 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 1998) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9495&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9495&context=penn_law_review).
14. Закон Республики Армения «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека» (в ред. от 20.11.2014 г.) / Национальное Собрание Республики Армения [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus>.
15. Кодекс Республики Беларусь «О браке и семье» (по состоянию на 1 марта 2008 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://kodeksy-by.com/kodeks\\_rb\\_o\\_brake\\_i\\_semje.htm](http://kodeksy-by.com/kodeks_rb_o_brake_i_semje.htm).
16. Кодекс Республики Казахстан «О здоровье народа и системе здравоохранения» от 18.09.2009 г. № 193-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

- [https://tengrinews.kz/zakon/parlament\\_respubliki\\_kazahstan/konstitutsionnyiy\\_stroy\\_i\\_osnovyi\\_gosudarstvennogo\\_upravleniya/id-K090000193\\_/#z1963](https://tengrinews.kz/zakon/parlament_respubliki_kazahstan/konstitutsionnyiy_stroy_i_osnovyi_gosudarstvennogo_upravleniya/id-K090000193_/#z1963).
17. Дутко А. Визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій / А. Дутко // Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі: зб. наук. ст. за матеріалами II Міжнар. наук.-практ. конф., 10 квіт. 2014 р. – Житомир : ЖНАЕУ, 2014. – С. 158–160.
  18. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Урядовий кур'єр. – 2005. – № 163.
  19. Гражданский кодекс Французской Республики от 21.03.1804 г. (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041401>.
  20. Закон Бельгии «О Кодексе международного частного права» от 16.07.2004 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041801>.
  21. Кодекс международного частного права Туниса [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/080401>.
  22. Федеральный Закон Австрии «О международном частном праве» // Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Маковского; сост. и научн. ред. А. Жильцов, А. Муранов. – М. : «Статут», 2000. – С. 156–180 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040101>.
  23. Семейный кодекс Азербайджанской Республики от 28.12.1999 г. № 781-ПГ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://chisinau.mfa.gov.az/ru/content/123>.
  24. Кодекс Республики Казахстан «О браке (супружестве) и семье» от 26.12.2011 г. № 518-IV (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11.07.2017 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31102748#pos=1;-217](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31102748#pos=1;-217).
  25. Семейный кодекс Кыргызской республики (с изменениями и дополнениями по состоянию на 08.06.2017 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://online.adviser.kg/Document/?doc\\_id=30286698](http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30286698).
  26. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 01.05.2017 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_8982](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982).
  27. Семейный кодекс Республики Таджикистан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.02.2017 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=30445181](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30445181).
  28. Закон Грузии «О международном частном праве» от 29.04.1998 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/050301>.
  29. Федеральный закон «О международном частном праве» 1987 г. // Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Маковского; сост. и научн. ред. А. Жильцов, А. Муранов. – М. : «Статут», 2000. – С. 628–673 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/042901>.
  30. Закон ЭР «О международном частном праве» от 27.03.2002 г. (ред. от 22.04.2004 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://estonia.news-city.info/docs/systemsw/dok\\_iegemb.htm](http://estonia.news-city.info/docs/systemsw/dok_iegemb.htm).

**Розгон О. В. Коллизионное регулирование установления происхождения ребенка при применении суррогатного материнства**

В статье раскрыта сущность коллизионного регулирования установления происхождения ребенка при применении суррогатного материнства в Украине и других государствах. Проанализированы презумпции материнства, установленные законодательством различных государств. Автором предложено внесение изменений в ст. 65 Закона Украины «О международном частном праве» для коллизионного регулирования установления происхождения ребенка при применении суррогатного материнства.

**Ключевые слова:** коллизия, установление происхождения ребенка, суррогатное материнство, ребенок.

**Rozghon O. Conflict regulation of determining the origin of a child when applying surrogate motherhood**

The article reveals the essence of the collisional regulation of the establishment of the child's origin in the application of surrogate motherhood in Ukraine and other states. The maternal presumptions, which are established by the laws of different states, are investigated. The author notes that the progressive tendency is the possibility of applying to these legal relationships a flexible collision "a right that has a close connection with the relevant relations and is more favorable to the child".

Collision regulation of the establishment of the child's origin in foreign countries is analyzed, where the following collision bindings are applied: the personal law of the child (including at the time of his birth); Personal law of parents (mother's personal law); The right of citizenship of a person who will demand a claim to establish or challenge paternity or maternity, at the time of the birth of the child or at the time of voluntary recognition of parental or maternity; The right of one of the States with which the person has the closest connection and / or if it is more favorable to the child; The right of the state, the citizen of which is a child by birth; Right of the state of residence of the child.

The article states that in order to regulate the issue of the establishment of paternity in the implementation of surrogate motherhood in Ukraine, one should be guided by the right of the country where the embryo is implanted or the right that has the closest connection with the relevant relationship and is more favorable to the child. The author proposes the introduction of amendments to Art. 65 Law of Ukraine "On Private International Law" for the conflict of laws regulating the establishment of the child's origin in the application of surrogate motherhood.

**Key words:** collision, determining the origin of the child, surrogate motherhood, child.

УДК 341.932.34

**ЦІРАТ К. Г.,**  
аспірант кафедри міжнародного приватного права  
Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОБЛЕМИ КОНФЛІКТУ СТАНДАРТНИХ ПОЛОЖЕНЬ НА ПРИКЛАДІ ПРИНЦИПІВ ВИБОРУ ПРАВА В МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРАХ

**Анотація.** У статті досліджується проблема конфлікту стандартних положень, сучасні підходи (доктрини) до її вирішення, а також нормативне закріплення вирішення конфлікту стандартних положень у сучасних міжнародно-правових актах обов'язкового та необов'язкового характеру й у законодавстві України.

**Ключові слова:** конфлікт стандартних положень, Принципи вибору права в міжнародних комерційних договорах, правило «першого пострілу», правило «останнього пострілу», правило «нокауту».

**Постановка проблеми.** Англійська мова у виразі *battle of forms* («битва форм») влучно передає ситуацію, коли сторони укладають договір шляхом обміну стандартними (*standard terms*), або загальними (*general conditions*) положеннями (умовами, проформами). За визначенням Принципів міжнародних комерційних договорів (далі – Принципи УНІДРУА) стандартні умови – це положення, заздалегідь підготовлені для загального й багаторазового використання однією зі сторін, які фактично використовуються без переговорів з іншою стороною (ст. 2.1.19 Принципів УНІДРУА) [4, с. 67]. У Принципах європейського договірної права (далі – ПЄДП) сказано, що загальними умовами договорів є умови, які були сформульовані заздалегідь для невизначеної кількості договорів певного виду, щодо змісту яких не проводилися переговори особисто з іншою стороною (ч. 3 ст. 2:209) [1].

Сторони часто вдаються до такого способу укладання договору. Нерідко offerent пропонує укласти договір, надаючи свої стандартні умови, а acceptant погоджується укласти договір, надаючи у відповідь свої стандартні умови, і бувають випадки, коли положення таких стандартних умов не збігаються, причому сторони часто про це взагалі не знають. Коли між сторонами виникає спір, постає питання, які (яке) положення застосовувати. Положення, що містилося в стандартних умовах offerenti, чи положення стандартних умов acceptanti? Як бути, коли одні стандартні положення міс-

тять положення про вибір права X, а інші стандартні положення містять положення про вибір права Y, яке право в такому разі вважати таким, про яке домовилися сторони? Саме ця проблема й має назву конфлікту (суперечності) стандартних положень (умов), або (якщо буквально перекладати (калькувати) з англійської мови) «битви форм».

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У західній літературі проблема конфлікту стандартних положень не є новою, її досліджували Ж. Рюль (*Giesela Rühl*), А. Шварце (*Andreas Schwartze*), Т. Каднер Граціано (*Thomas Kadner Graziano*), автор принципів вибору права в міжнародних комерційних договорах, де міститься оригінальне правило, спрямоване на вирішення проблеми конфлікту стандартних положень, та багато інших науковців. В Україні проблематика конфлікту стандартних положень досліджена мало; це питання розглядали О. Білоус у статті «Порядок укладення договору відповідно до Принципів УНІДРУА», а також А. Смітюх у статті «Проблема «конфлікту проформ» у новому Цивільному кодексу України».

**Метою статті** є аналіз сучасних правил (доктрин) вирішення проблеми конфлікту стандартних положень, положень міжнародно-правових актів, серед яких головна увага буде зосереджена на Принципах вибору права в міжнародних комерційних договорах, а також огляд українського законодавства. На підставі аналізу ми пропонуємо українському законодавцеві внести низку змін із метою недвозначного вирішення проблеми конфлікту стандартних положень.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Матеріальне право національних юрисдикцій вирішує цю проблему, як правило, трьома способами: 1) правило «першого пострілу» (*“first-shot rule”*); 2) правило «останнього пострілу» (*“last-shot rule”*); 3) правило «нокауту» (*“knock-out rule”*).

Правило «першого пострілу» полягає в тому, що остаточними умовами договору є умови оферти, і всі умови акцепту, які суперечать умовам оферти, виключаються [6, с. 3].

Правило «останнього пострілу» ґрунтується на ідеї, що договір вважається укладеним, якщо умови оферти й акцепту повністю збігаються, це т. зв. правило «дзеркального відображення» – умови акцепту повністю повинні відповідати умовам оферти [6, с. 1]. Якщо сторона пропонує в оферті власні стандартні умови, і акцептант на таку оферту погоджується, але пропонує у своєму акцепті стандартні умови, що містять додаткові суттєві умови чи умови, що суперечать умовам оферти, тоді така відповідь на оферту є не акцептом, а зустрічною офертою. Договір є укладеним, якщо акцептант ясно дає згоду на оферту, включаючи стандартні умови, або якщо одна зі сторін починає вчиняти дії, які свідчать про акцепт [6, с. 1]. Умовами договору в такому разі є ті умови, які були прийняті іншою стороною, тобто останні стандартні умови, якими обмінялися сторони (звідси й назва «правила»), і договір вважається укладеним на цих останніх стандартних умовах. Це правило поширене в країнах загального права [3, с. 190].

У Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – Віденська конвенція 1980 р.) проблема конфлікту стандартних положень також вирішена шляхом застосування правила «останнього пострілу». У ч. 1 ст. 19 вказується, що відповідь на оферту, яка має на меті бути акцептом, але містить доповнення, обмеження чи інші зміни, є відхиленням оферти і являє собою зустрічну оферту. Тобто якщо акцептант, назвемо його стороною Х, прийме оферту шляхом акцепту, який міститиме умови, що суттєво змінюють оферту сторони У, і сторона У погодиться на такі умови, ніяким чином їх не змінюючи, тоді договір вважатиметься укладеним на умовах сторони Х (сторони, яка останньою «вистрілила» свої умови).

Однак відповідь на оферту, яка має на меті бути акцептом, але містить додаткові чи відмінні умови, які істотно не змінюють умов оферти, є акцептом, якщо оферент без невиправданої затримки не заперечить усно ці розходження або не надішле повідомлення про це. Якщо він цього не робить, то умовами договору будуть умови оферти зі змінами, що містяться в акцепті (ч. 2 ст. 19).

Нарешті, у ч. 3 ст. 19 для уникнення непорозумінь вказано, які умови є істотними; додаткові чи відмінні умови щодо вартості, платежу, якості й кількості товару, місця й строку поставки, обсягу відповідальності однієї зі сторін перед іншою або вирішення спорів вважаються такими, що істотно змінюють умови оферти. Цей список не є вичерпним, він радше має орієнтовний характер, оскільки залежно від специфіки певного договору купівлі-продажу певні умови можуть ставати визначальними, крім того, деякі умови, не вказані в ч. 3 ст. 19, можуть і повинні бути віднесені до тих, що є істотними (наприклад, відмова від гарантійних зобов'язань належить до умов про якість товару, а обмеження засобів захисту – до умов відповідальності) [5, с. 63].

Правило «нокауту» ґрунтується на тому, що умовами договору є спільні умови, викладені в обох стандартних положеннях. Умови, які відрізняються, просто викреслюються (звідси й назва «нокаут» (*knock-out*) – «викидати, викреслювати») і виключаються з договору. Умови, які суперечили одна одній і були виключені внаслідок цього з договору, замінюються нормами права, що застосовуються за умовчанням [3, с. 199]. Яке це буде право, визначатиме суддя, який розглядатиме спір між контрагентами.

Правило «нокауту» використовується сьогодні більшістю країн, крім того, воно закріплене в Принципах УНДІРУА та ПЄДП [3, с. 199]. Ідея, закладена в Принципах УНДІРУА, створених експертами, які представляли різні правові системи, полягала в тому, щоб утілити оптимальні, на думку його розробників, підходи до вирішення тих чи інших питань, навіть якщо такі підходи не були загальноприйнятими [3, с. 207]. У зв'язку із цим, усупереч загальним правилам оферти й акцепту [4, с. 73], які, наприклад, закріплені у Віденській конвенції 1980 р., у Принципах УНДІРУА (у всіх редакціях – 1994 р., 2004 р., 2010 р. й 2016 р.) було використане правило «но-



кауту», яке ґрунтується на ідеї узгодження сторонами положень договору: якщо дві сторони використовують стандартні умови та досягають згоди, за виключенням окремих положень, договір є укладеним на основі узгоджених положень, а також будь-яких стандартних положень, які є спільними по суті, якщо тільки одна зі сторін завчасно ясно не вкаже (або пізніше, без невиправданої затримки, не проінформує іншу сторону), що вона не мала на меті бути зв'язаною таким договором (ст. 2.1.22) [4, с. 72–74]. Мінусом регулювання проблеми конфлікту стандартних положень у Принципах УНІДРУА можна вважати те, що не вказано, як слід урегулювати питання (тобто визначати зміст договору), які залишилися неврегульованими внаслідок виключення таких, що суперечать одні одним, стандартних положень.

ПЄДП визначають, якщо сторони досягли згоди, за винятком випадків, коли оферта й акцепт посилаються на такі, що суперечать одні одним, стандартні положення, договір усе-таки є укладеним. Загальні умови формують частину договору до такої міри, до якої вони є спільними по суті (ч. 1 ст. 2:209). Однак договір не укладений, якщо одна сторона вказала завчасно, ясно, а не шляхом загальних умов, що вона не мала на меті бути зв'язаною договором на основі ч. 1 ст. 2:209, або без затримки інформує іншу сторону про те, що вона не має на меті бути зв'язаною договором (ч. 2 ст. 2:209). Так само, як і Принципи УНІДРУА, ПЄДП не містять правил, як заповнювати прогалини, що утворилися внаслідок виключення таких, що суперечать одні одним, стандартних положень.

Попри різноманітні вищевказані підходи, які різняться від юрисдикції до юрисдикції, проблема конфлікту стандартних умов насправді не проста, і в багатьох міжнародно-правових, регіональних і національних документах вона не вирішена. Суди в таких випадках часто вирішують цю проблему, застосовуючи *lex fori* [2, с. 53].

У Принципах вибору права в міжнародних комерційних договорах (далі – Гаазькі Принципи) проблема конфлікту стандартних положень вирішувалася в контексті угоди про вибір права. У Гаазьких Принципах вирішується виключно питання обраного права, якщо кожна зі стандартних умов містить свою окрему умову про вибір права, інші ж питання, пов'язані з укладенням договору, його змістом тощо, Гаазькі Принципи не вирішують.

Якщо сторони використали стандартні положення, в яких було здійснено вибір різних правопорядків (право X і право Y), і відповідно до цих обох правопорядків одні й ті ж стандартні положення превалюють (ті, що використані першими, або ж ті, що використані останніми, тобто й право X, і право Y передбачають правило «першого пострілу», або ж і право X, і право Y передбачають правило «останнього пострілу»), тоді застосовується правопорядок, обраний стандартними положеннями, що превалюють (п. (b) ч. 1 ст. 6). У цьому разі конфлікт стандартних положень є насправді позірним, несправжнім. Наприклад, сторона (оферент) робить пропози-

цію укласти договір, надсилаючи іншій стороні (акцептанту) стандартні положення, що містять умову про вибір права держави Х. Акцептант приймає пропозицію, надсилаючи оференту акцепт у вигляді стандартних положень, що містять умову про вибір права держави У. Відповідно до права держави Х і права держави У стандартні положення, які були використані останніми, превалюють. Отже, мав місце вибір права держави У. Якщо (гіпотетично) право держави Х і право держави У визначає, що стандартні положення, які були використані першими, превалюють, тоді в нашому випадку мав місце вибір права держави Х. Таким чином, у випадках, коли обрані правопорядки передбачають верховенство одних і тих самих стандартних положень, конфлікт не є справжнім.

Друга частина п. (b) ч. 1 ст. 6 вирішує проблему, коли дійсно виникає конфлікт стандартних положень: якщо сторони використали стандартні положення, в яких було здійснено вибір різних правопорядків, і відповідно до цих обох правопорядків превалюють різні стандартні положення, або якщо відповідно до одного чи обох правопорядків жодні зі стандартних умов не превалюють, тоді вибору права немає. Питання, яке право регулюватиме правовідносини сторін, тут виходить за межі сфери застосування Гаазьких Принципів, а тому не вирішується ними. Наприклад, одна сторона (оферент) робить пропозицію укласти договір, надсилаючи іншій стороні стандартні положення, що містять умову про вибір права держави Х. Інша сторона приймає пропозицію, надсилаючи оференту акцепт у вигляді стандартних положень, що містять умову про вибір права держави У. Відповідно до права держави Х превалюють стандартні положення, використані вперше, а відповідно до права держави У превалюють стандартні положення, які були використані останніми. У такому разі вибору права не відбулося.

У ситуації, коли в стандартних положеннях, які сторони надіслали одна одній, містяться положення про вибір правопорядків, серед яких хоча б один жодним чином не врегульовує конфлікт стандартних положень, слід вважати, що вибір права також не відбувся.

Якщо ж одна сторона надіслала іншій стороні пропозицію укласти договір, і в цій пропозиції була умова про вибір права певної держави, а інша сторона прийняла пропозицію, надіславши свої умови, де, однак, відсутня умова про вибір права, тоді застосовується п. (a) ч. 1 ст. 6. Тобто те, чи був здійснений у такій ситуації вибір права, визначається правом, про яке, як вважається, домовилися сторони.

Правило п. (b) ч. 1 ст. 6, безумовно, є новацією, але воно досить критиковане. На думку О. Ландо (*Ole Lando*), якщо сторони не домовилися про якесь одне певне право, а обмінялися стандартними положеннями, де містяться умови про вибір різних правопорядків, то вибору права не було, адже між сторонами не було досягнуто угоди про вибір певного правопорядку.

На думку Ю. Базедова (*Jürgen Basedow*), у п. (b) ч. 1 ст. 6 Гаазькі Принципи виходять за межі свого застосування, адже передбачають застосу-

вання матеріально-правової норми національних правопорядків із метою визначення, яка зі стандартних умов превалюватиме.

Законодавче регулювання проблеми конфлікту стандартних положень в Україні є дещо суперечливим. Правила, що стосуються конфлікту стандартних положень, містяться в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) і Господарському кодексі України (далі – ГК України), що ж стосується правовідносин з іноземним елементом, то спеціальної норми щодо конфлікту стандартних положень для таких випадків не передбачено.

У ч. 1 ст. 642 ЦК України зазначено, що відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про його прийняття (акцепт) повинна бути повною й безумовною; ст. 646 ЦК України розвиває це правило – відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції й водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію. Аналогічне положення, сформульоване в дещо іншій формі, міститься в ч. 8 ст. 181 ГК України, де вказано, що в разі, якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся). Якщо одна зі сторін здійснила фактичні дії щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами ЦК України. Тобто ГК України (спеціальний закон) відсилає назад до загального закону, що, на нашу думку, не логічно, оскільки виникає питання, навіщо тоді ГК України замість роз'яснення чи встановлення спеціальних правил відсилає до *lex generalis* – ЦК України. Таким чином, у нормах ч. 1 ст. 642, ст. 646 ЦК України й ч. 8 ст. 181 ГК України міститься правило «останнього пострілу».

Однак у ч. 2 ст. 642 ЦК України закріплене правило, що не узгоджується з вищевказаним: якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію згідно з указаними в пропозиції умовами договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняттям пропозиції, якщо інше не вказане в пропозиції укласти договір або не встановлене законом.

Як ми вже говорили вище, часто трапляється, що сторони обмінюються стандартними умовами (формулярами, листами тощо), починають виконувати договір, а потім, уже в процесі виконання, виявляється, що стандартні положення, якими такі сторони обмінялися, суперечать одні одним. Отже, як справедливо зазначає А. Смітхюк, виникають два запитання, а саме: чи існуватиме договір, якщо після обміну стандартними умовами, що не збігаються, обидві сторони почнуть виконання взаємних зобов'язань так, як вони їх зрозуміли? Як визначити зміст цього договору, якщо він існує [7]?

Якщо застосовувати ч. 2 ст. 642 ЦК України, договір між сторонами вважатиметься укладеним у силу конклюдентних дій акцептанта, якщо ж ми звертатимемося до ст. 646 ЦК України та ст. 181 ГК України, то договір вважатиметься неукладеним, оскільки умови акцептанта, що не відповідають умовам оферти, являють собою просто умови зустрічної оферти й

нічого більше. Положення ст. 646 ЦК України в цьому розумінні може бути для недобросовісного боржника підставою для звернення з позовом про визнання договору неукладеним, що є, як зазначає А. Смітюх, популярним у практиці господарських судів [7].

Якщо вважати, що відповідно до ч. 2 ст. 642 ЦК України договір між сторонами все-таки укладений, то який механізм визначення положень такого договору? На нашу думку, в умовах відсутності чіткої вказівки на це у ст. 642 ЦК України варто було б вважати такий договір укладеним на підставі досягнення згоди сторін щодо всіх істотних умов договору, а такими умовами є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів цього виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (ч. ч. 1, 2 ст. 638 ЦК України).

Для правовідносин з іноземним елементом спеціальної норми для випадків конфлікту стандартних положень немає, за винятком норми ст. 19 Віденської конвенції 1980 р. у формі правила «останнього пострілу», інкорпорованої в національне право України (ч. 1 ст. 19). Принаймні в частині міжнародної купівлі-продажу це правило є однозначним для судів.

Судова практика України, представлена небагатьма рішеннями, указує на необхідність чіткого законодавчого врегулювання питання конфлікту стандартних положень. Крім того, нам не вдалося знайти справи з іноземним елементом, які б мали особливу важливість для нашого дослідження.

По-перше, українські суди йдуть шляхом застосування ч. 6 ст. 181 ГК України, якою встановлено, що в разі досягнення сторонами згоди щодо всіх або окремих умов, зазначених у протоколі розбіжностей, така згода повинна бути підтверджена в письмовій формі (протоколом узгодження розбіжностей, листами, телеграмами, телетайпограмами тощо). Якщо згоди в письмовій формі про погодження умов, зазначених у протоколі розбіжностей, немає, але одна зі сторін усе-таки приступила до виконання договору (наприклад, поставила товар), а інша сторона також частково виконала свої обов'язки (наприклад, оплатила частину товару), навіть тоді суди визнавали договір неукладеним (таким, що не відбувся) [8]. На нашу думку, вирішення питання в такий спосіб є нелогічним, архаїчним і неефективним.

Ті ж правовідносини, що вже ж мали місце і які не можна було оскаржити, суд кваліфікував як «позадовірні», що взагалі незрозуміло, адже ЦК України в частині, що регулює недоговірні зобов'язання, не містить таких ситуацій: «...поставка товару ТзОВ «Крокус РВ» була позадовірною, оскільки відбувалася не на виконання умов договору № КР-319 від 14.07.2010 р., що не відбувся, а на умовах усної домовленості між сторонами» [8].

Деякі суди, не обґрунтовуючи свою позицію, застосовують у мовчазний спосіб правило «нокауту» [9], ґрунтуючись на ідеї досягнення сторонами згоди щодо істотних умов договору. У будь-якому разі суди не брали на себе ініціативу визначення змісту договору в ситуаціях, які підпадали під ч. 2 ст. 642 ЦК України.

У світлі цього, на нашу думку, український законодавець мав би чітко врегулювати питання конфлікту стандартних положень, оскільки судова практика та доктрина не можуть заповнити цю прогалину. Українські суди не хочуть брати на себе ініціативу вирішення питань, які неоднозначно врегульовані законодавцем, для них буква закону є першорядною, і вони, на жаль, не схильні розширено тлумачити чи тим більше заповнювати якісь прогалини в законодавстві. Саме тому, унаслідок слабкої «правотворчої» діяльності судів, у законодавство України, на нашу думку, необхідно внести положення, які б ясно вирішували проблему конфлікту стандартних положень. По-перше, варто було б вирішити суперечність, яка є між положеннями ч. 1 ст. 642, ст. 646 ЦК України і ст. 181 ГК України, з одного боку, і ч. 2 ст. 642 ЦК України – з іншого боку, обравши якесь одне правило: або правило «першого пострілу», або правило «останнього пострілу», або правило «нокауту», або ж якесь власне оригінальне правило, хоча ми й ставимося до цього скептично, вважаючи, що оптимальним варіантом є використання міжнародного досвіду.

Положення ч. 8 ст. 181 ГК України ми вважаємо за потрібне взагалі виключити як зайве й неефективне. Яка необхідність у спеціальному законі, якщо він усе одно відсилає до закону загального?

Найкращий вихід, на нашу думку, це рецепція міжнародного досвіду; варіанта, запропонованого Віденською конвенцією 1980 р., або варіанта, запропонованого Принципами УНІДРУА та ПЄДП. На думку А. Смітюха, до якої ми приєднуємося, слід було б доповнити ЦК правилом, яке б відповідало положенню ст. 2.1.22 Принципів УНІДРУА, а саме:

*«Конфлікт типових умов або договорів приєднання*

*Якщо обидві сторони після обміну пропозиціями укласти договір на умовах приєднання або з посиланням на типові умови, що не збігаються, починають здійснювати дії, зазначені в обох пропозиціях, договір вважається укладеним на прямо погоджених сторонами умовах і на типових умовах (умовах договорів приєднання), що збігаються» [7].*

Це класичне правило «нокауту», яке, на наш погляд, є оптимальним.

**Висновки.** Таким чином, проблема конфлікту стандартних положень є проблемою й практичною, адже вона нерідко виникає в процесі укладення сторонами договору, і теоретичною, адже не всі законодавства містять механізм вирішення цієї проблеми. На нашу думку, українському законодавцеві варто було б, по-перше, ясно врегулювати питання змісту договору сторін, коли одна зі сторін приступає до виконання договору, не знаючи про те, що вона здійснює це виконання на умовах, відмінних від умов оферти, а по-друге, варто було б урегулювати питання, коли в положеннях, якими обмінялися сторони, міститься, зокрема, положення про вибір права. На нашу думку, правило, запропоноване Гаазькими Принципами, може слугувати моделлю для українського законодавця через свою логіку та простоту під час унесення відповідних змін у законодавство.

**Література:**

1. Principles of European Contract Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html>.
2. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts with Commentary. – 81 p.
3. Rühl G. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations / G. Rühl // University of Pennsylvania Journal of International Law. – 2003. – Volume 24, Issue 1. – P. 189–224 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol24/iss1/3/>.
4. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. – 460 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.
5. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. – М. : «Юридическая литература», 1994. – 320 с.
6. Волгина В. Противоречие стандартных условий в сравнительно-правовой перспективе / В. Волгина. – 5 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://scientific-conference.com/images/PDF/2017/37/battle-of-forms.pdf>.
7. Смітюх А. Проблема «конфлікту проформ» у новому Цивільному кодексі України / А. Смітюх [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://library.nlu.edu.ua/POLN\\_TEXT/1008\\_1.html](http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/1008_1.html).
8. Постанова Львівського господарського апеляційного суду від 15.06.2011 р. у справі № 1/4/5022-42/2011 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Крокус РВ», м. Київ, до товариства з обмеженою відповідальністю «Ваврик і Компанія ЛТД», м. Чортків Тернопільської області, про стягнення боргу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16471914>.
9. Постанова Господарського суду Донецької області від 16.12.2009 р. у справі № 7/134 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Укрнафтагазэнерго», м. Київ, до відкритого акціонерного товариства «Краматорський завод важкого верстатобудування», м. Краматорськ, про стягнення заборгованості [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9016531>.

**Цират Е. Г. Современные подходы к регулированию проблемы конфликта стандартных условий на примере Принципов выбора права в международных коммерческих договорах**

**Аннотация.** В статье исследуется проблема конфликта стандартных условий, современные подходы (доктрины) к ее решению, а также нормативное закрепление решения конфликта стандартных условий в современных международно-правовых актах обязательного и необязательного характера, а также в законодательстве Украины.

**Ключевые слова:** конфликт стандартных условий, Принципы выбора права в международных коммерческих договорах, правило «первого выстрела», правило «последнего выстрела», правило «нокаута».

**Tsirat K. Contemporary ways of regulation of battle of forms illustrated by the *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts***

**Summary.** The following article deals with the problem named battle of forms that describes a situation when the parties use different standard terms in the process of conclusion of a contract. There are some ways to determine the provisions of the contract concluded in such a way. The “last shot” rule provides that the party who puts forward the latest terms and conditions gets all of its terms simply because it fired the last shot in the exchange of forms. In most cases this would be the offered. Under the “first shot” rule a party can generally provide for a predetermined standard set of terms and conditions to apply, regardless of any standard terms and conditions that might be sent in the future. Under the “knock-out” rule if the parties reach an agreement except on their standard terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance. Modern codified documents like UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts provide for knock-out rule. This article envisages as well the regulation of battle of forms and its drawbacks in Ukraine, and the author offers to clarify some provision of Ukrainian law in order to provide an exact rule.

**Key words:** battle of forms, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, first-shot rule, last-shot rule, knock-out rule.

## МІЖНАРОДНЕ ЕКОНОМІЧНЕ ПРАВО

---

---

УДК 341.22

**КАСПРУК О. С.,**  
аспірант кафедри міжнародного публічного права  
Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### ПРАВОВІ ЗАСАДИ СПІВРОБІТНИЦТВА МІЖ КИТАЄМ І АСОЦІАЦІЄЮ ДЕРЖАВ ПІВДЕННО-СХІДНОЇ АЗІЇ В МЕЖАХ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОЕКТУ «МОРСЬКИЙ ШОВКОВИЙ ШЛЯХ ХХІ СТОЛІТТЯ»

**Анотація.** Стаття присвячена аналізу глобальної ініціативи щодо інтенсифікації морських взаємозв'язків Шовкового шляху як вектору зміцнення міжнародного співробітництва, а також нового способу вирішення морських суперечок. Спеціальна увага приділена аналізу міжнародно-правових засад співробітництва між Китаєм і Асоціацією держав Південно-Східної Азії в межах реалізації проекту «Морський Шовковий шлях ХХІ століття». Автор робить спробу подати пропозиції щодо вдосконалення правових основ співробітництва в рамках євразійських морських взаємозв'язків.

**Ключові слова:** «Морський Шовковий шлях ХХІ століття», «Один пояс – один шлях», Асоціація держав Південно-Східної Азії, міжнародно-правове регулювання.

**Постановка проблеми.** У ХХІ ст. Євразію можна охарактеризувати як простір стратегічної конкуренції великих держав. Нині розроблено декілька якісно нових концепцій розвитку цього регіону, від яких залежатимуть вектори міжнародної кооперації.

Проект «Морський Шовковий шлях ХХІ століття» вимагає вдосконалення міжнародних і національних правових систем в галузі морського взаємозв'язку. Країни мають спільно створювати сприятливий міжнародний морський правопорядок і зміцнювати співробітництво в галузі зако-



нодавчої та правоохоронної діяльності. Проект сприятиме інтеграції й уніфікації регіональних правових систем відповідно до міжнародних законів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Особливості міжнародно-правового співробітництва в рамках китайського проекту «Морський Шовковий шлях XXI століття» досліджували такі вчені, як Ж. Петруніна, Е. Арапова, Г. Локшин, І. Ряснов, М. Каллаган та інші.

Мета статті – проаналізувати особливості міжнародно-правового співробітництва Китаю й Асоціації держав Південно-Східної Азії (далі – АСЕАН) у рамках реалізації проекту «Морський Шовковий шлях XXI століття».

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Швидкий розвиток багатовекторних відносин Китаю та країн Африки, Близького Сходу й Центральної Азії активізує потребу тісної взаємодії. Китай відіграє вагомую роль у морських перевезеннях і є ключовою фігурою міжнародних судноплавних маршрутів. Китайські амбіції в міжнародній морській галузі постійно зростають, оскільки національні фірми беруть активну участь у будівництві та менеджменті портів у всьому світі. Нині активно розробляється масштабний проект конструювання Шовкового шляху, що є частиною досить амбітної довгострокової програми економічної інтеграції великих зон, які об'єднують континенти.

Необхідно зазначити, що в 2013 р. широкого розголосу отримали два новітніх проекти «Економічний пояс Шовкового шляху» та «Морський Шовковий шлях XXI століття», відомі під загальною назвою «Один пояс – один шлях» (англ. «The Belt and Road Initiative», «One Belt and One Road»). Ініціатива «Один пояс – один шлях» націлена на глобальне співробітництво, модернізацію транспортного сполучення між країнами. На всіх рівнях підкреслюється відкритий характер сучасної версії цієї мережі (рис. 1).



Рис. 1. Маршрути відгалужень сучасного Шовкового шляху [1, с. 26]

У рамках розвитку новітньої ініціативи необхідно зміцнювати двостороннє співробітництво, проводити консультації на різних рівнях, удосконалювати правові механізми взаємодії, координувати й спрямовувати реалізацію спільних проектів (таблиця 1).

Поліпшення умов перевезень морським транспортом унаслідок реалізації проекту сприятиме прискоренню інтеграційних процесів і переходу торговельних відносин на новий рівень, задовольняючи зростаючий попит азійських ринків [2]. Шовковий шлях у морському напрямку стане платформою для співпраці через торгівлю, інвестиції та правову взаємодію. Мета цього проекту – поглиблення міжнародно-правових взаємозв'язків шляхом використання всіх механізмів співпраці між країнами Європи, Азії й Африки.

Асоціація країн Південно-Східної Азії, пройшовши шлях від другорядного аморфного блоку до великої багатосекторної міжурядової організації, продовжує працювати над зміцненням стабільності та розвитком різновекторного співробітництва з іншими організаціями. Офіційні відносини між КНР і АСЕАН були встановлені в 1991 р. і незмінно розвивалися. У 1994 р. Китай взяв участь у регіональному форумі АСЕАН (АРФ), на якому отримав статус «консультативного партнера», а згодом став повноправним партнером, що пояснюється історичними зв'язками, великими можливостями економічного співробітництва та регіональної безпеки. АСЕАН викликає безперечний інтерес Китаю, оскільки має великий внутрішній ринок, виробничий і науково-технічний потенціал, а в особі менш розвинутих країн – ще й багату сировинну базу.

Відносини між Китаєм і АСЕАН перейшли на якісно новий рівень після укладення низки міжнародних договорів. Керівництво КНР запропонувало АСЕАН концепцію стратегічного партнерства, у якій важливий

Таблиця 1

**Хронологія правових рішень у рамках ініціативи  
«Один пояс – один шлях»**

Ініціатива «Один пояс – один шлях». Хронологія правових рішень	Багатосторонні механізми співробітництва
2013 р. – Голова КНР Сі Цзіньпін представив стратегію «Один пояс – один шлях» на базі створення належної інфраструктури та налагодження двосторонніх контактів.	Китай – АСЕАН (формат «10+1»); форум «Азія – Європа» (АСЕМ); Нарада із взаємодії й заходів довіри в Азії (НВЗДА); Шанхайська організація співробітництва (ШОС); Азіатсько-Тихоокеанське економічне співробітництво (АТЕС); Діалог зі співробітництва в Азії (ДСА); Центральноазійське регіональне економічне співробітництво (ЦАРЕС).
2014 р. – оголошення Китаєм рішення щодо створення Азійського банку інфраструктурних інвестицій (АБІІ) із метою форсування реалізації стратегії «Один пояс – один шлях».	
2015 р. – схвалення стратегії «Один пояс – один шлях» на державному рівні. Прийняття урядового документа «Концепція та план дій щодо спільного будівництва економічного поясу Шовкового шляху й морського Шовкового шляху XXI століття», у якому представлені основні принципи, цілі, географічні рамки, механізми реалізації китайської ініціативи.	

компонент – це створення зони вільної торгівлі (далі – ЗВТ). До інших елементів відносять такі [3, с. 206]:

– активізацію співпраці в боротьбі з тероризмом і піратством на морі, з транскордонною злочинністю й іншими «нетрадиційними» загрозами безпеці, включаючи епідемії й ліквідацію наслідків стихійних лих;

Таблиця 2

**Китай – АСЕАН: правова основа співробітництва**

НАЗВА	ЗМІСТ
<i>Спільні декларації самітів «Китай – АСЕАН» (1997–2007 рр.)</i>	Визначення напрямків і принципів розвитку партнерських відносин добросусідства і взаємної довіри між Китаєм і АСЕАН, орієнтованих на XXI ст.
<i>Рамкова угода про всебічне економічне співробітництво (04.11.2002 р.)</i>	Закріплення загальних положень ЗВТ «Китай – АСЕАН»: <ul style="list-style-type: none"> <li>– ліквідація тарифних і нетарифних бар'єрів у взаємній торгівлі;</li> <li>– зміцнення заходів полегшення умов торгівлі;</li> <li>– лібералізація торгівлі послугами та руху інвестиційних потоків.</li> </ul>
<i>Перший протокол про внесення змін у Рамкову угоду (06.10.2003 р.)</i>	Різновид угод про преференційну торгівлю «чутливими товарами»: <ul style="list-style-type: none"> <li>– забезпечення реалізації програми «Early Harvest Program» («Програма раннього врожаю»);</li> <li>– скорочення мит на досить велику кількість товарів.</li> </ul>
<i>Угода про торгівлю товарами (29.11.2004 р.)</i>	Зниження мит на всі види товарів, які не підпадають під дію Програми перших результатів.
<i>Договір про врегулювання спорів (29.11.2004 р.)</i>	Закріплення правових і юридичних гарантій взаємної торгівлі. Забезпечення роботи механізму вирішення спорів між Китаєм і країнами АСЕАН, пов'язаних із реалізацією положень міждержавних угод.
<i>Перший протокол про внесення змін у договір про торгівлю товарами (08.12.2006 р.)</i>	Забезпечення поліпшення умов торгівлі товарами.
<i>Договір про торгівлю послугами (14.01.2007 р.)</i>	Збільшення торгівлі послугами в регіоні за допомогою поліпшення доступу до ринків у тих секторах, де сторони взяли на себе ті чи інші зобов'язання. Мета угоди про торгівлю послугами – зростання іноземної пропозиції послуг, закордонного споживання й комерційної присутності. АСЕАН і КНР домовилися про поступову лібералізацію торгівлі послугами в значній кількості секторів ринку.
<i>Договір про інвестиції (15.08.2009 р.)</i>	Завершення основних переговорів щодо угоди між Китаєм і АСЕАН про зону вільної торгівлі.
<i>Другий протокол про внесення змін у договір про торгівлю товарами Рамкової угоди про економічну взаємодію між країнами АСЕАН і Китаєм (29.10.2010 р.)</i>	Забезпечення поліпшення процедур сертифікації.
<i>План дій щодо реалізації Спільної декларації стратегічного партнерства «Китай – АСЕАН» (2011–2015 рр.)</i>	Підписання Меморандуму про взаєморозуміння між АСЕАН і Китаєм у митній сфері, застосування інформаційних і комунікаційних технологій.

– підписання Декларації про правила поведінки в Південно-Китайському морі (4 листопада 2002 р.), яка проголошувала, що сторони в усьому будуть проявляти стриманість і домагатися вирішення своїх суперечок тільки мирними політичними засобами;

– підписання Декларації про стратегічне партнерство заради миру та процвітання (8 жовтня 2003 р.).

Створення ЗВТ сприяло не тільки піднесенню економіки, а й розвитку співробітництва в різних галузях взаємодії. Хронологія створення правової основи співробітництва в рамках ЗВТ Китай-АСЕАН представлена в таблиці 2 [4, с. 8–9; 5].

Морський шовковий шлях стане якісно вдосконаленою платформою для налагодження масштабного міжнародного співробітництва та спільного «морського» майбутнього, що сприятиме подальшому зміцненню взаємної політичної довіри в напрямі «Китай – АСЕАН». За період функціонування АСЕАН набула унікальний міжнародно-правовий досвід вироблення спільної лінії поведінки учасників, а також практику пошуку варіантів вирішення нагальних проблем на основі поетапного застосування принципів консенсусу, взаємодопомоги, консультацій, довіри, толерантності та врахування інтересів усіх учасників. Така практика отримала широке міжнародне визнання як «метод АСЕАН» (ASEAN Way) [6; с. 19].

Для відновлення морського Шовкового шляху Китай і АСЕАН повинні здійснювати такі спільні кроки:

- розвивати морське економічне співробітництво;
- підвищувати ефективність логістики;
- працювати над будівництвом і експлуатацією судноплавних ліній;
- налагоджувати співпрацю портів міст;
- розвивати морські науково-технічні дослідження;
- налагоджувати морське співробітництво в рамках охорони навколишнього середовища;
- сприяти процесу модернізації зони вільної торгівлі «Китай – АСЕАН»;
- розвивати міжнародно-правове співробітництво в рамках ініціативи «Один пояс – один шлях»;
- прискорювати будівництво транспортно-комунікаційної інфраструктури.

Китай і країни АСЕАН повинні стимулювати лібералізацію торгівлі та сприяти подальшому фінансовому співробітництву. Регіональні та субрегіональні взаємозв'язки мають координуватися через стратегію взаємного з'єднання морської інфраструктури між Китаєм і країнами АСЕАН. Морський Шовковий шлях з'єднує Тихий і Індійський океани та пролягає за його межами. Під час розроблення цього маршруту Китай повинен приділяти більше уваги міжнародному морському праву та продовжувати спільний мирний розвиток.

Проект «Морський Шовковий шлях ХХІ століття» досить важливий для України, оскільки сприятиме спільному будівництву портів, зміц-

ненню співробітництва з інформатизації в морській логістиці й активно просуватиме міжнародно-правове співробітництво України з державами вздовж Шовкового шляху.

**Висновки.** Виступаючи центром стародавнього морського Шовкового шляху, район АСЕАН посідав значне місце в давньому Морському фарфоровому шляху. Сьогодні Китай і країни АСЕАН теж пов'язані різними інтересами та прагнуть поглиблювати й розширювати практичне співробітництво. Реалізація проекту «Морський Шовковий шлях ХХІ століття» – це загальне прагнення Китаю й усіх інших країн, розташованих уздовж Шовкового шляху активно розвивати нові моделі міжнародного співробітництва на основі відкритості й толерантності, обміну досвідом, взаємної вигоди й обопільного виграшу.

#### *Література:*

1. Van der Putten F.-P. Meijnders M. / F.-P. van der Putten // Clingendael report. – 2015. – 37 p.
2. A. Browne. On Track or at Sea? Beijing Reopens Old Land Routes / A. Browne [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wsj.com/articles/chinas-world-on-track-or-at-sea-beijing-reopens-old-land-routes-1425371903>.
3. Ряснов И. Политика Китая в АСЕАН / И. Ряснов // Власть. – № 4. – 2015. – С. 205–208.
4. Арапова Е. Экономическая интеграция в Восточноазиатском регионе. Ретроспективный анализ и будущие возможности / Е. Арапова. – М. : Проспект, 2015. – 208 с.
5. Keyuan Z. CHINA-ASEAN chronology of relationship. / Z. Keyuan. – Chandus publishing, 2009 – 253 с.
6. Локшин Г. АСЕАН и Территориальные споры в Южно-Китайском море / Г. Локшин // Юго-Восточная Азия: актуальные проблемы развития. – 2013. – № 20. – С. 17–39.

**Каспрук О. С. Правовые основы сотрудничества Китая и Ассоциации государств Юго-Восточной Азии в рамках реализации проекта «Морской Шелковый путь ХХІ века»**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу глобальной инициативы по интенсификации морских взаимосвязей Шелкового пути как вектора укрепления международного сотрудничества, а также нового способа решения морских споров. Специальное внимание уделено анализу международно-правовых основ сотрудничества между Китаем и Ассоциацией государств Юго-Восточной Азии в рамках реализации инициативы «Морской Шелковый путь ХХІ века». Автор делает попытку представить предложения по совершенствованию правовых основ глобального сотрудничества в рамках евразийских морских взаимосвязей.

**Ключевые слова:** «Морской Шелковый путь ХХІ века», «Один пояс – один путь», Ассоциация государств Юго-Восточной Азии, международно-правовое регулирование.

**Kaspruk O. The international legal basis for China-ASEAN cooperation within the framework of implementation of “The 21st Century Maritime Silk Road”**

**Summary.** The article is devoted to the analysis of the global initiative that intensify maritime interrelationships of the Silk Road, as a vector of strengthening international cooperation, as well as the new way to solve marine disputes. Special attention is paid to the analysis of the China-ASEAN international legal cooperation within the framework of “The 21st Century Maritime Silk Road”. The author makes an attempt to provide proposals for improving the legal basis for global cooperation within the framework of the Eurasian maritime interconnections.

**Key words:** “The 21st Century Maritime Silk Road”, “One Belt – One Road”, ASEAN, international legal regulation.

## ЗМІСТ

---

---

### АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

**Веклич В. О.**

ІНОЗЕМНИЙ І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД  
АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОНТЕКСТІ  
ПУБЛІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ЩОДО БОРОТЬБИ  
З КОРУПЦІЄЮ Й ЗАПОБІГАННЯ ЇЙ В УКРАЇНІ.....3

**Гуйван П. Д.**

ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЯК СКЛАДОВА  
ЧАСТИНА ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА.....11

**Михайлова О. С.**

МЕХАНІЗМ ПОСИЛЕНОЇ СПІВПРАЦІ  
ТА ЙОГО ЕВОЛЮЦІЯ В ТЕКСТАХ УСТАНОВЧИХ  
ДОГОВОРІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ..... 22

**Яковлєв В. В.**

ВРЕХІТ ЯК МАЙБУТНІЙ ПРЕЦЕДЕНТ  
ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 50 ДОГОВОРУ  
ПРО ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СОЮЗ.....29

### МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

**Гринчак А. А.**

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ:  
ПРАКТИКА МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО  
ТРИБУНАЛУ ДЛЯ КОЛИШНЬОЇ ЮГОСЛАВІЇ.....39

**Копотун І. М., Жолтані М. І.**

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО  
В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ.....51

**Ніколаєнко Т. Б.**

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ ДОСЛІДЖЕННЯ  
ЗАКОНОДАВСТВА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН  
ЩОДО НОРМАТИВНОСТІ ВРЕГУЛЮВАННЯ  
КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ  
ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ.....57

## МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

**Гулкевич В. Д.**

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ МІЖНАРОДНОЇ  
СИСТЕМИ ЗАХИСТУ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ  
ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВОГО КОНФЛІКТУ.....

72

## МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

**Ковальов А. В.**

ВПЛИВ МІЖНАРОДНИХ КОНВЕНЦІЙ І ПРАКТИКИ  
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ  
НА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЗАСУДЖЕНИХ ОСІБ  
В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....

81

**Трунова Г. А.**

ЗАХИСТ ПРАЦІВНИКІВ ВІД НЕЩАСНОГО ВИПАДКУ  
НА ВИРОБНИЦТВІ ТА ПРОФЕСІЙНОГО ЗАХВОРЮВАННЯ:  
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....

90

## МІЖНАРОДНЕ МОРСЬКЕ ПРАВО

**Бойко І. С.**

АРБІТРАЖНА ПРАКТИКА ПОСТІЙНОЇ ПАЛАТИ  
ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ ЩОДО МІЖДЕРЖАВНИХ  
МОРСЬКИХ СПОРІВ .....

98

**Крилов М. А.**

ОСОБЛИВОСТІ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ  
ЧЛЕНІВ ЕКІПАЖУ МОРСЬКОГО СУДНА.....

109

## МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

**Ісакова В. М.**

ПОРУШЕННЯ ПРИНЦИПІВ ДОБРОСОВІСНОСТІ  
Й АВТОНОМІЇ ВОЛІ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ПРИТЯГНЕННЯ  
ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВІДЕНСЬКОЮ КОНВЕНЦІЄЮ  
ООН «ПРО ДОГОВОРІ МІЖНАРОДНОЇ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ  
ТОВАРІВ»: ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПІДХІД.....

115



**Розгон О. В.**

КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ  
ПОХОДЖЕННЯ ДИТИНИ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ  
СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА.....123

**Цірат К. Г.**

СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОБЛЕМИ  
КОНФЛІКТУ СТАНДАРТНИХ ПОЛОЖЕНЬ  
НА ПРИКЛАДІ ПРИНЦИПІВ ВИБОРУ ПРАВА  
В МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРАХ.....134

**МІЖНАРОДНЕ  
ЕКОНОМІЧНЕ ПРАВО**

**Каспрук О. С.**

ПРАВОВІ ЗАСАДИ СПІВРОБІТНИЦТВА МІЖ КИТАЄМ  
І АСОЦІАЦІЄЮ ДЕРЖАВ ПІВДЕННО-СХІДНОЇ АЗІЇ  
В МЕЖАХ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОЕКТУ  
«МОРСЬКИЙ ШОВКОВИЙ ШЛЯХ ХХІ СТОЛІТТЯ».....144

Здано в роботу 25.09.2017. Підписано до друку 16.10.2017.  
Формат 70x100/16. Ум.-друк. арк. 17.90. Папір офсетний.  
Цифровий друк. Зам. № 1610-61. Тираж 300 прим. Ціна договірна.

**Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»**  
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.  
Телефон +38 (0552) 39-95-80  
E-mail: [mailbox@helvetica.com.ua](mailto:mailbox@helvetica.com.ua)  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 4392 від 20.08.2012 р.