

LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF MISKOLC
(MISKOLC, HUNGARY)



MODERN RESEARCHES: PROGRESS OF THE LEGISLATION OF UKRAINE AND EXPERIENCE OF THE EUROPEAN UNION

Collective monograph

Part 1

Miskolc
Hungary
2020

*Recommended for publication
by the Law Faculty of the University of Miskolc
(Miskolc, Hungary)*

EDITORIAL BOARD

Dr. habil **Csilla Csak**, PhD – Law Faculty, University of Miskolc, Dean.

Dr. **Tímea Barzó** – Law Faculty, University of Miskolc.

Prof. JUDr **Dmitro Bielov**, DrSc – Center for Ukrainian and European Scientific Cooperation, Director.

Prof. JUDr. **Yaroslav Lazur**, DrSc – Law Faculty, Uzhhorod National University, Dean.

Prof. JUDr **Sibilla Buletsa**, DrSc – Law Faculty, Uzhhorod National University.

Modern researches: progress of the legislation of Ukraine and experience of the European Union : Collective monograph.
Riga : Izdevniecība “Baltija Publishing”, 2020. P. 1. 592 p.

CONTENTS

AZ ÉPÍTÉSZETI ALKOTÁSOK ÉS ÉPÍTÉSZETI TERVEK NEMZETKÖZI SZERZŐI JOGVÉDELME, VALAMINT ANNAK MAGYAR JOGI REFLEXIÓI Barta Judit	1
POLITICALLY EXPOSED PERSONS AND THE RIGHT TO PRIVACY Barzó Tímea	12
THE IDEOLOGICAL AND REGULATORY QUESTIONS OF THE RIGHT TO PRIVACY, WITH PARTICULAR REGARD TO THE SITUATION OF PUBLIC FIGURES Halász Csenge	24
A MESTERSÉGES INTELLIGENCIA ADATVÉDELMI VONATKOZÁSAI Ibolya Stefán	38
SIGNIFICANT CHANGE OF CIRCUMSTANCES AND THE AMENDMENT OF CONTRACT Juhász Ágnes	56
A „CSALÁDI VAGYONJOG” ÉS AMI MÖGÖTTE VAN – A PÁRKAPCSOLATBAN ÉLŐK KÖZÖTTI VAGYONI VISZONYOK A MAGYAR PTK.-BAN Kriston Edit	77
EFFECTS OF MIGRATION ON EMPLOYMENT POLICY AND THE COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS Mélypataki Gábor	93
REFORM OF THE HUNGARIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE WITH SPECIAL REGARD TO RULES OF TAKING EVIDENCE Nagy Adrienn	103
MORAL RIGHTS OF AUTHORS – AN OVERVIEW WITH SPECIAL REGARD TO THE RIGHT TO INTEGRITY Sápi Edit	117
VITAIRAT AZ EURÓPAI KÖZIGAZGATÁSI TÉRSÉGRŐL Torma András	135

THE SCOPE OF COMPETENCE OF THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE Udvarhelyi Bence	154
A JOGELLENESEN KÜLFÖLDRE VITT GYERMEKEK VISSZAVITELÉNEK EGYES JOGI ASPEKTUSAI AZ EURÓPAI BÍRÓSÁG ESETJOGÁBAN Zoltán Angyal	173
ASSESSMENT OF THE ACTIVITY EFFECTIVENESS OF THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE TO PROVIDE PUBLIC SECURITY IN THE CONDITIONS OF THE UNITED FORCES OPERATIONS Abroskin V. V.	189
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРАХУВАННЯ В ТУРИЗМІ Андрусів У. Б.	210
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОЦІНЮВАННЯ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ В УКРАЇНІ Антонюк У. В., Джуган В. О.	236
ВПЛИВ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ НА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УМОВАХ РОЗБУДОВИ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ Арістова І. В., Карпик Ю. А.	255
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ Балюк Г. І., Ковальчук Т. Г.	288
ADAPTATION OF CONVICTS' LEGAL STATUS TO EUROPEAN STANDARDS Batiuk O. V.	313
ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНОГО СУДОВОГО РІШЕННЯ: ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ Белікова С. О.	328
CIVIL-MILITARY INTERACTION AND THE PROTECTION OF CIVILIANS: SCIENTIFIC APPROACHES, POLICY AND PRACTICE Beryslavska O. M., Gushchyn O. O.	347

СУСПІЛЬНО-ГУМАНІТАРНІ НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ В УКРАЇНІ: ІНФОРМАЦІЙНИЙ ВИМІР	
Беляков К. І., Золотар О. О.	367
УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ	
Білак Н. І., Чернявська О. М.	394
КОНСТИТУЦІЙНІ ПРАВА ТА СВОБОДИ ЛЮДИНИ ЯК ОСНОВНИЙ КРИТЕРІЙ КОНСТИТУЦІЙНОСТІ Й ЛЕГІТИМНОСТІ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ	
Бліхар В. С., Бліхар М. М.	410
ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЯ ДИСКРИМІНАЦІЇ В ПЕНСІЙНІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ	
Боднарук М. І., Бурка А. В.	426
ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ТА УКРАЇНСЬКИЙ КОНЦЕПТ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ	
Бойко І. В., Соловійова О. М.	442
ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ЕКСТРЕМІСТСЬКОЇ СПРЯМОВАНОСТІ, УЧИНЕНИХ ЧЛЕНАМИ МОЛОДІЖНИХ НЕФОРМАЛЬНИХ ГРУП (ОБ'ЄДНАНЬ)	
Бояров В. І., Ларкін М. О.	462
ІНСТИТУТ ЗАРЕЄСТРОВАНОВОГО ПАРТНЕРСТВА ТА ФАКТИЧНІ ШЛЮБНІ ВІДНОСИНИ В УКРАЇНІ І КРАЇНАХ-ЧЛЕНАХ ЄС: ПОНЯТТЯ Й ОСОБЛИВОСТІ	
Булеца С. Б., Ревуцька І. Е.	480
ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У СФЕРІ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	
Великорода О. М.	512
НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ УМОВИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЗЕМЛЕВПОРЯДНОГО МЕХАНІЗМУ В РАЗІ СТАЛОГО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ	
Грещук Г. І., Руданецька О. С.	530
LEGAL STATUS OF THE PROSECUTOR IN THE COMMERCIAL PROCEEDINGS OF UKRAINE AND PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS	
Hryhorchuk M. V.	549

EUTHANASIA AS LEGAL AND BIOETHICS CATEGORY Hromovchuk M. V., Byelov D. M.	566
PROBLEMS OF THE EFFECTIVE IMPLEMENTATION OF SUBJECTIVE CIVIL LAW IN TIME Guyvan P. D.	581
MORAL FOUNDATIONS OF COUNTERACTION OF CRIMINALITY: ETHICAL QUESTIONS OF CRIMINALISTICS Danshin M. V., Kostenko M. V.	600
FORMATION OF A SYSTEM OF REGULATIONS IN THE CUSTOMS SPHERE Doroveieva L. M., Korneva T. V.	616
ABOUT SOME FEATURES OF THE LEGAL STATUS OF MUNICIPAL COUNCILORS IN EU MEMBER STATES: EXPERIENCE FOR UKRAINE Zakomorna K. O.	642
ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ВИРОКІВ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ Льїна О. В.	659
TRENDS DEVELOPMENT IN DIGITALIZATION OF INTERNATIONAL BUSINESS Karmaza O. O.	677
COMPARATIVE AND LEGAL STUDY ON CRIMINAL PROTECTION IN THE BANKING ACTIVITY SPHERE Klochko A. M., Volchenko N. V.	699
МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ Козуб І. Г., Гетьманцева Н. Д.	718
СИСТЕМА КОМПЛАСНС ЯК ЕЛЕМЕНТ ПОДАТКОВОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ Коломієць П. В.	735
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОФІЛАКТИКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ВЛАСНОСТІ Комарницька І. І.	751

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА МОРСКОЙ БЛОКАДЫ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО Костыря Е. В., Иванова А. В.	767
FUNCTIONAL NATURE OF LEGAL MEANS IN THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL FACILITIES OF LABOR LAW Kostyuchenko O. Y., Kolesnik T. V.	783
ПОНЯТІЙНО-ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ У СТАРОДАВНІЙ ГРЕЦІЇ: ВІД СОКРАТА ДО ПЛАТОНА Кучеренко Д. С., Гамбург Л. С.	800
ДЕЛЕГОВАНІ ДЕРЖАВНІ ПОВНОВАЖЕННЯ У СТРУКТУРІ КОМПЕТЕНЦІЇ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ДЕЯКИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ Новак А. О.	821
ФОРМУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ КОМПЕТЕНТНОСТІ СЛУХАЧІВ НАВЧАЛЬНОГО ЗАКЛАДУ ГАЛУЗІ ПРОФЕСІЙНО-ТЕХНІЧНОЇ ОСВІТИ Олло В. П., Сакно О. П.	851
ПОНЯТТЯ, ЗНАЧЕННЯ ТА СКЛАДНИКИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА Перунова О. М., Леонтьєва Л. В.	868
ПРАВО ЛЮДИНИ НА ПРИВАТНІСТЬ ПЕРСОНІФІКОВАНОЇ ІНФОРМАЦІЇ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ Саснко М. І.	887
CRIME COGNITION LIMITS IN MODERN UKRAINIAN CRIMINOLOGY SCIENCE Smetanina N. V.	905
SOCIAL CONSCIENCE OF THE UKRAINIAN NATION: PECULIAR FEATURES OF ITS FORMATION DURING THE ESTABLISHMENT OF SOVIET DICTATORSHIP AND CONSEQUENCES OF ITS MODERN FUNCTIONING Starinskyi M. V., Zavalna Zh. V.	925
МІЖНАРОДНА ПРАКТИКА ЗАПОБІГАННЯ ТА БОРОТЬБИ З КОРУПЦІЄЮ Супрун-Ковальчук Т. М., Діденко Є. В.	954

ПРИМУШУВАННЯ ДО ШЛЮБУ: СІМЕЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ	
Таран О. С.	972
SOME ISSUES OF EUROPEAN INTEGRATION IN THE MODERN CRIMINAL LAW OF UKRAINE	
Timofeyeva L. Yu.	990
ЮРИДИЧНИЙ МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ	
Трюхан О. А., Занько О. В.	1007
ЕКОЛОГО-ЕКОНОМІЧНИЙ ВИМІР БЕЗПЕКИ	
Турченко О. Г., Краковська А. Є.	1035
ІНСТРУМЕНТИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ СКИДАННЯ ЗАБРУДНЮЮЧИХ РЕЧОВИН В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ ТА В УКРАЇНІ	
Уberman В. І., Васьковець Л. А.	1057
MECHANISM OF ACCOUNTING EMOTIONS IN LEGAL REGULATION OF PRIVATE RELATIONS	
Ustymenko O. A.	1078
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОВОДЖЕННЯ З БЕЗПРИТУЛЬНИМИ ТВАРИНАМИ В УКРАЇНІ	
Чурилова Т. М., Стрельник В. В.	1093
ADMINISTRATIVE LIABILITY OF LEGAL ENTITIES AS LEGAL CATEGORY	
Shevchuk O. M., Martynovskyi V. V.	1108
EUROPEAN STANDARDS OF COERCIVE ENFORCEMENT AND ENFORCEMENT PROCESS OF UKRAINE	
Shcherbak S. V., Malskyi M. M.	1127
ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ НА ПУБЛІЧНІЙ СЛУЖБІ: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ДОСВІД КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ	
Янюк Н. В.	1144

AZ ÉPÍTÉSZETI ALKOTÁSOK ÉS ÉPÍTÉSZETI TERVEK NEMZETKÖZI SZERZŐI JOGVÉDELME, VALAMINT ANNAK MAGYAR JOGI REFLEXIÓI

Barta Judit

1. Az építészeti alkotásokat és építészeti terveket érintő nemzetközi egyezmények¹

Az építészeti alkotások nemzetközi jogvédelméről csak a szerzői alkotások nemzetközi védelme kapcsán szólhatunk. Természetesen, a szerzői alkotások védelmét számos nemzetközi egyezmény, sőt uniós irányelv szolgálja, azonban ezek közül több csak valamely konkrét alkotást véd. Az a néhány forrás kerül itt ezért szóba, ami általában védi a szerzői alkotásokat pl. a részes államok által szerzői alkotásnak minősített jogtárgyakat védi, vagy a szerzői jogi alkotások meghatározása során kitér az építészeti alkotásokra.

A nemzetközi szerzői jogi együttműködés alapidokumentuma az irodalmi és művészeti művek védelméről szóló 1886. szeptember 9-i *Berni Egyezmény* (Berni Uniók Egyezmény², a továbbiakban: BUE), melynek Magyarország 1922 óta részese. A BUE legutolsó, párizsi szövegét³ Magyarországon az 1975. évi 4. törvényerejű rendelet hirdette ki. A BUE-nek csak azon rendelkezései kerülnek most bemutatásra, amelyek konkrétan megemlítik az építészeti alkotásokat.

A 2. Cikk (1) bekezdése rögzíti, hogy az „irodalmi és művészeti művek” kifejezés felöleli az irodalom, a tudomány és a művészet minden alkotását, tekintet nélkül a mű létrehozatalának módjára vagy alakjára, tehát lehet könyv, szöveggönyv vagy más írásmű; előadás, [.....] *rajz*, festmény, *építészeti mű*, szobor, metszet, könyvomat; fényképészeti mű, ideértve azokat a műveket is, amelyeket a fényképészeti művekhez hasonló

¹ Az építészeti alkotások nemzetközi és európai uniós szabályozásával foglalkozik bővebben FERENCZI Fanni. In: Miskolci Jogi Szemle, 11. évf., 2016. 1. szám.

² Azok az országok, amelyekre ez az Egyezmény alkalmazást nyer, az irodalmi és művészeti művekre vonatkozó szerzői jogok védelme végett Unióban egyesülnek. „Az egyezmény először kilenc állam viszonylatában lépett hatályba. Jelenleg a Berni Uniónak 181 tagja van, amelyek az egyezmény különböző változatait ratifikálták.” KISS Réka: Szerzői Jog – Nemzetközi Együttműködés. In: Vallasek Magdolna – Kokoly Zsolt – Kiss Réka: Román szerzői jog. Sapientia Forum Iuris, Budapest-Kolozsvár, 2019, 25.

³ A BUE szövegét Párizsban 1896. május 4-én kiegészítették, Berlinben 1908. november 13-án felülvizsgálták, Bernben 1914. március 20-án kiegészítették, Rómában 1928. június 2-án, Brüsszelben 1948. június 26-án, Stockholmban 1967. július 14-én, majd Párizsban 1971. július 24-én felülvizsgálták.

eljárással hoznak létre; az alkalmazott művészet terméke; illusztráció és térkép; földrajzi, tereprajzi, *építészeti vagy tudományos vonatkozású tervek, vázlat* vagy plasztikai mű.

„Az egyezmény védelemben részesíti a származékos műveket is, az építészeti művek esetében ilyen származékos mű lehet például az épületről készített fénykép, mint fotóművészeti alkotás, vagy ismeretterjesztő könyv, útikönyv”⁴. Megjegyezzük, hogy építészeti alkotásokról rajzok, festmények, művészi makettek, stb. is készíthetők, mint származékos művek.

A 3. Cikk (1) bekezdés szerint *Egyezmény védelme alatt állnak azok a szerzők*

a) pont, akik az Unió egyik országának állampolgárai, megjelent vagy meg nem jelent műveikre nézve,

b) pont szerint, azok, akik az Unió egyik országának sem állampolgárai, azon műveikre nézve, melyeket első ízben az Unió egyik országának valamelyikében adnak ki, vagy egyidejűleg adnak ki egy Unión kívüli és egy Unióhoz tartozó országban.

A (2) bekezdés alapján azok a szerzők, akik az Unió egyik országának sem állampolgárai, de állandó lakóhelyük az Unió egyik országában van, ezen Egyezmény alkalmazása szempontjából ugyanolyan elbírálásban részesülnek, mint ennek az országnak állampolgárai. A (3) bekezdés alapján „*Megjelent művek*” alatt *a szerző hozzájárulásával kiadott művek értendők*, bármi legyen is a műpéldányok előállítás módja, feltéve, hogy ezeket – a mű jellegének figyelembevételével – oly módon bocsátották a közönség rendelkezésére, hogy kielégítsék annak ésszerű szükségleteit. Nem tekintendő megjelenésnek [...] az *építészeti mű megépítése*. Építészeti alkotások esetében a kiadással azonosítható megjelenés alatt, az építészeti tervek, illetve az építészeti alkotások képeinek, makettjeinek (fénykép, rajz, festmény, stb.) közreadását valószínűsítjük.

A 4. Cikk b) pont alapján, 3. Cikkben meghatározott feltételek hiányában is ezen Egyezmény alapján védettek az olyan *építőművészeti művek szerzői*, amelyeket *az Unió egyik államában építettek*.

Az 5. cikk (1) bekezdés szerint, ezen Egyezmény által védett műveik tekintetében a szerzők – a mű származási országa kivételével – az Unió valamennyi országában azokat a jogokat élvezik, amelyeket a vonatkozó törvények a belföldieknek most vagy a jövőben biztosítanak, valamint azokat a jogokat is, amelyeket ez az Egyezmény külön megad.

⁴ BAKOS Kitti – NÓTÁRI Tamás: Szellemi tulajdon-építészeti alkotás. Lectum Kiadó, Szeged, 2001, 17.

Az 5. cikk (3) bekezdés alapján, a származási országban a védelemre a belföldi törvények irányadók. De, ha a szerző nem állampolgára azon mű származási országának, amelyre nézve ezen Egyezmény alapján védelmet élvez, ebben az országban ugyanolyan jogok illetik meg, mint a belföldi szerzőket.

Az 5. cikk (4) bekezdése több pontban sorolja, hogy mit kell származási országnak tekinteni, amely kérdés a védelem fennállása szempontjából igen fontos. A c) pont ii alpont, mintegy kivételként, *külön kitér az építőművészeti művekre*, amely szerint, az olyan meg nem jelent vagy az először az Unióon kívüli országban megjelent építészeti alkotásokra nézve, amelyek Unióhoz tartozó országban egyidejűleg nem jelentek meg, nem a szerző Unióbeli állampolgársága lesz az irányadó származási ország, hanem az Unió azon országa, amelyben felépítették (3. cikk (3) bekezdés alapján a felépítés nem jelent megjelenést).

Az *Egyetemes Szerzői Jogi Egyezményt* (a továbbiakban: ESZJE) 1952-ben Genfben fogadták el, Magyarország 1971 óta részese. Az ESZJE legutolsó, párizsi szövegét az 1975. évi 3. törvényerejű rendelet hirdette ki Magyarországon. Az ESZJE 1. cikk a jogvédelmet az irodalmi, tudományos és művészeti műveknek biztosítja, ideértve az írói műveket, a zeneműveket, a színpadi műveket és a filmeket, a festményeket, a metszeteket és a szobrokat. *Az építészeti alkotások, tervek nincsenek benne külön nevesítve.*

Az ESZJE XVII. cikke értelmében a BUE feltétlen elsőbbséget élvez a mindkét egyezményhez tartozó országok egymás közötti viszonyában. Az Amerikai Egyesült Államoknak a BUE-hez történő csatlakozását követően az ESZJE elvesztette gyakorlati jelentőségét, háttérbe szorult a nemzetközi együttműködésben.

Az irodalmi és a művészeti tulajdon tárgyában Montevideóban 1889. évi január hó 11. napján kelt nemzetközi szerződés⁵ az 1931. évi XXXI. törvény cikkelyezte be Magyarországon.

Az 5. Cikk rögzíti, hogy az irodalmi és a művészeti művek kifejezés magában foglalja a könyveket, füzeteket és bármely más írói művet; a színműveket vagy zenés színműveket, a koreográfiai műveket, [...], *építészetre vagy általában a tudományra vonatkozó terveket, vázlatokat és domborműveket; végül magában foglal általában az irodalom és a művészet körébe tartozó minden terméket, amelyet a nyomtatás vagy sokszorosítás bármely módja útján közzé lehet tenni.*

⁵ A szerződést létrehozó államok: Uruguay, Argentina, Bolívia, Brazília, Chile, Paraguay, Peru.

Említést érdemel még Szellemi Tulajdon Világszervezetében (World Intellectual Property Organization – a továbbiakban: WIPO) kialakított, 1996. december 20-án, Genfben aláírt, és 2002. március 6-án hatályba lépett Szerzői Jogi Szerződés (WIPO Copyright Treaty – a továbbiakban: WCT), amelyet Magyarországon a 2004. évi XLIX. törvény hirdetett ki.

A WCT célja a szerzők irodalmi és művészeti alkotásaikhoz fűződő jogainak védelmét a lehető leghatékonyabb és legegységesebb módon fejleszteni és fenntartani.

A szerződés kizárólag a Berni Egyezményrel áll kapcsolatban, azt egészíti ki, és nem csorbítja a más szerződések alapján fennálló jogokat és kötelezettségeket.

A szerződés 3. cikke kimondja, hogy a Szerződő Felek a Berni Egyezmény 2-6. cikkeiben foglalt rendelkezéseket megfelelően alkalmazzák az e Szerződés szerinti védelem tekintetében. A Berni Egyezmény 2. cikk (1) bekezdése határozza meg, hogy mit érthetünk „irodalmi és művészeti művek” kifejezés alatt, amelybe beletartozik az *építészeti mű, az építészeti vagy tudományos vonatkozású tervek, vázlat*. A szerződés tehát vonatkozik az építészeti alkotásokra és azok terveire is. A szerződés szabályozási köréből két szerzői jog az, amely közvetlen kapcsolatba hozható az érintettek alkotásokkal, még hozzá a terjesztés joga és a nyilvánossághoz közvetítés joga⁶.

A magyar szerzői jog kodifikálása és újrakodifikálása során egyaránt tekintettel voltak az egyetemes nemzetközi szerződésekre, regionális jogharmonizációs eredményekre és kétoldalú nemzetközi kötelezettségvállalásokra.

2. Uniós szerzői jogvédelem

A Magyarország és az Európai Közösségek, valamint az azok tagállamai között létrejött, társulást létrehozó Európai Megállapodás 67–68. cikkei előírták, hogy a magyar jogszabályokat közelíteni kell a Közösség jogszabályaihoz, a megállapodás 65. cikke ezt az általános jogharmonizációs kötelezettséget az iparjogvédelem és a szerzői jog területén külön is, a szellemi tulajdon védelmi szintjére vonatkozó speciális szabályként is meghatározta⁷. Ennek megfelelően a szerzői jogot szabályozó törvénybe is beillesztésre kerültek az uniós szerzői jogi előírások.

⁶ A WCT-ről lásd bővebben SÁPI Edit: A színpadi művek szerzői joga. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2019, 84-85.

⁷ Lásd erről TATTAY Levente: A szellemi alkotások európai jogharmonizációja Magyarországon (1991–2007) c. tanulmányát. In: Magyar Jog, 2007. szeptember, 518-520; 523.

Külön, építészeti alkotásokra, műszaki létesítményekre vonatkozó uniós szerzői jogi szabályozás nincs. A szerzői jogi alkotásokat általában védő szabályok vonatkoznak az építészeti alkotásokra⁸, kivéve a bérleti jogról és a haszonkölcsönzési jogról, valamint a szellemi tulajdon területén a szerzői joggal szomszédos bizonyos jogokról szóló Európai Parlament és Tanács 2006/115/EK irányelvét, mely kifejezetten rögzíti, hogy *az építészeti és az iparművészeti alkotásokon fennálló bérleti és haszonkölcsönzési jog nem tartozik ezen irányelv hatálya alá.*

A továbbiakban csak két fontosabb irányelvet emelünk ki, olyanokat, amelyekben – valamilyen módon – nevesítésre kerültek az építészeti alkotások.

Az információs társadalomban a szerzői és szomszédos jogok egyes vonatkozásainak összehangolásáról szóló az Európai Parlament és a Tanács 2001/29/EK irányelve (*INFOSOC irányelv*)⁹, alapvetően a szerzői jog és a szomszédos jogok belső piaci védelmét célozza, különös tekintettel az információs társadalomra.

„Az INFOSOC irányelv az információs társadalom viszonyaira figyelemmel hangolja össze a tagállamok jogszabályait a szerzői joggal és egyes kapcsolódó jogokkal összefüggő alapvető kérdésekben. Az irányelv megalkotása egyben azt is célozta, hogy lehetővé tegye az Európai Közösség, illetve a tagállamok számára a WIPO Szerzői Jogi Szerződésének és az előadásokról és a hangfelvételekről szóló Szerződésének ratifikálását”¹⁰.

Az irányelv szabályozza a többszörözéshez, a nyilvánossághoz való közvetítéshez (ezen belül különösképpen a nyilvánosság számára történő hozzáférhetővé tételhez) és a terjesztéshez fűződő jogokat, amely a szerző kizárólagos joga, így az a szerző engedélyével és általában díjazása mellett történhet.

Az 5. cikk (3) bekezdése megengedi a tagállamoknak, hogy a 2. cikkben (többszörözés joga) és a 3. cikkben (nyilvánossághoz közvetítés joga)

⁸ A Tanács 1993. október 29-i 93/98/EGK irányelve a szerzői jog és egyes szomszédos jogok védelmi idejének összehangolásáról;

Az Európai Parlament és a Tanács 2001/29/EK irányelve (2001. május 22.) az információs társadalomban a szerzői és szomszédos jogok egyes vonatkozásainak összehangolásáról;

Az Európai Parlament és a Tanács 2004/48/EK irányelve (2004. április 29.) a szellemi tulajdonjogok érvényesítéséről;

Az Európai Parlament és a Tanács 2012/28/EU irányelve (2012. október 25.) az árva művek egyes megengedett felhasználási módjairól.

⁹ 2001. május 22.

¹⁰ KISS Zoltán: A szerzői jogról szóló 1999. évi LXXVI. törvény módosításának főbb kérdései. In: Iparjogvédelmi és szerzői jogi szemle, 109. évf., 1. szám, 2004. február. <http://www.sztnh.gov.hu/hu/kiadv/ipsz/200402/01-kiss.html>.

szabályozott jogok vonatkozásában az irányelv által meghatározott kivételeket, illetve korlátozásokat állapítsanak meg (tehát a szerző fentebb említett jogát korlátozzák), így pl.

h) közterületen való tartós elhelyezés céljára készült művek (például *építészeti* vagy *szobrászati művek*) *felhasználása*;

j) *művészi alkotások* nyilvános kiállításának vagy árusításának reklámozása céljából történő felhasználás, az esemény népszerűsítése által indokolt terjedelemben, az egyéb kereskedelmi célú felhasználás kizárásával;

m) *épület, rajz vagy épületterv formájában megjelenő művészeti alkotásnak az épület helyreállítása céljából történő felhasználása*.

A tagállamok 2002. december 22-ig voltak kötelesek az irányelv rendelkezéseit átültetni, amely a szerzői jogról szóló 1999. évi LXXVI. törvény (a továbbiakban: Szjt.) módosításával Magyarországon megvalósításra került.

A Szjt. eredeti törvényszövege egyébként már tartalmazta az irányelv 5. cikk (3) bekezdés h) pontja által engedett korlátozást, a szabad felhasználás¹¹ esetkörébe sorolta, a szabadban, nyilvános helyen, állandó jelleggel felállított képzőművészeti, építészeti és iparművészeti alkotás látképének elkészítését, felhasználását a szerző hozzájárulása és díjazás fizetése nélkül lehet megtenni¹². E lehetőség azonban nem korlátlan. A Szjt. általános rendelkezései között, a szabad felhasználás tekintetében kimondja, hogy a felhasználás a szabad felhasználásra vonatkozó rendelkezések alapján is csak annyiban megengedett, illetve díjtalan, amennyiben nem sérelmes a mű rendes felhasználására és indokolatlanul nem károsítja a szerző jogos érdekeit, továbbá amennyiben megfelel a tisztesség követelményeinek és nem irányul a szabad felhasználás rendeltetésével össze nem férő célra, egyebekben a szabad felhasználásra vonatkozó rendelkezéseket nem lehet kiterjesztően értelmezni¹³.

Megjegyezzük, a Szjt. olyan, a szabad felhasználás körébe tartozó esetenél is nevesíti az építészeti alkotásokat, amelyeknél az irányelv viszont nem¹⁴.

¹¹ A szabad felhasználás körében a felhasználás díjtalan, és ahhoz a szerző engedélye nem szükséges.

¹² Szjt. 68. § (1) bekezdés.

¹³ Szjt. 33. § (2)–(3) bekezdések.

¹⁴ Szjt. 68. § (2) bekezdés: Tudományos ismeretterjesztő előadás, továbbá iskolai oktatás céljára képzőművészeti, *építészeti*, iparművészeti és ipari tervezőművészeti alkotás képe, valamint a fotóművészeti alkotás a szerző hozzájárulása és díjazás nélkül felhasználható.

A Szjt. 2018.-ban módosításra került¹⁵, a szabad felhasználás esetkörét kibővítették az irányelv 5. cikk (3) bekezdés m) pontjával összhangban¹⁶, miszerint, épület helyreállítása céljából építészeti alkotás vagy annak terve, továbbá az építészeti alkotás rajza és az azt tartalmazó mű *a szerző hozzájárulása és díjazás nélkül többszörözhető és a nyilvánosság számára lehívásra hozzáférhetővé tehető*. Helyreállítás az újjáépítés, valamint az építészeti alkotás rendeltetészerű és biztonságos használatra alkalmassá tétele érdekében végzett felújítási tevékenység az építmény, építményrész eredeti építészeti kialakításának megtartása mellett¹⁷.

Ez az új szabad felhasználási eset lehetővé teszi az épület rekonstrukciója érdekében épület, rajz vagy épületterv formájában megjelenő művészeti alkotás engedély- és díjfizetés nélküli többszörözését és a nyilvánosság számára történő hozzáférhetővé tételét. E szabad felhasználási eset célhoz kötött, vagyis csak az épület rekonstrukciója, azaz eredeti állapotba történő helyreállítása érdekében kerülhet rá sor és kizárólag az ennek érdekében megvalósított többszörözésre, továbbá a nyilvánosság számára oly módon történő hozzáférhetővé tételre ad lehetőséget, amely keretében a nyilvánosság tagjai a hozzáférés helyét és idejét egyénileg választhatják meg.

Érdekességként említjük meg, hogy az irányelv 5. cikk (3) bekezdés j) pont szerint a *művészi alkotások (ebbe az építészeti alkotások és azok tervei is beleértendő)* nyilvános kiállításának reklámozása céljából történő felhasználás, az esemény népszerűsítése által indokolt terjedelemben, a szerző hozzájárulása és díjazása nélkül megengedett. Ehhez képest a Szjt. 36. § (5) bekezdése ezt az ún. *eredeti műalkotások* kiállítására szűkíti, azzal, hogy a műalkotások szabadon többszörözhetőek és terjeszthetőek az esemény reklámozása céljából, indokolt mértékben és körben, ha egyéb jövedelemszerzési célt ez közvetve sem szolgál.

Az *eredeti műalkotás* alatt a törvény a képzőművészeti alkotást (pl. kép, kollázs, festmény, rajz, metszet, nyomat, litográfia, szobrászati alkotás), az iparművészeti alkotást (pl. falikárpit, kerámia, üvegtárgy) és a fotóművészeti alkotást érti, ezt érjük szűkítés alatt. Gyakran kerül sor azonban építészeti alkotások terveinek, fényképeinek, rajzainak, makettjainak, stb. kiállítására,

¹⁵ Egyes törvényeknek az építészeti alkotásokra, műszaki létesítményekre és azok terveire vonatkozó szerzői jogi szabályozással összefüggő módosításáról szóló 2018. évi CXXXIV. törvény.

¹⁶ A módosító törvény 13. §-a maga is hangsúlyozza ezt: A törvény 9. §-a az információs társadalomban a szerzői és szomszédos jogok egyes vonatkozásainak összehangolásáról szóló, 2001. május 22-i 2001/29/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv 5. cikk (3) bekezdés m) pontjának való megfelelést szolgálja.

¹⁷ Szjt. 68. § (3)–(4) bekezdések.

amelynek reklámozása, népszerűsítése során történő felhasználási esetek emiatt nincsenek szerzői jogilag megfelelően rendezve.

Az Európai Parlament és a Tanács *2012/28/EU Irányelve* (2012. október 25.) az árva művek egyes megengedett felhasználási módjairól az olyan, szerzői vagy szomszédos jogi oltalom alá tartozó művek és egyéb védelem alatt álló teljesítmények jogszerű felhasználását segíti, amelyeknek nincs ismert jogosultja, vagy amelyek jogosultja, ha ismert is, ismeretlen helyen tartózkodik (árva művek).

A jogosultaknak a műveik és egyéb, védelem alatt álló teljesítményeik többszörözésére és nyilvánosság számára történő hozzáférhetővé tételére vonatkozó kizárólagos jogai következtében egy mű vagy egyéb, védelem alatt álló teljesítmény digitalizálásához és hozzáférhetővé tételéhez a jogosult előzetes hozzájárulása szükséges. Árva művek esetében a többszörözési vagy a nyilvánosság számára történő hozzáférhetővé tételi cselekményekhez ilyen előzetes hozzájárulás nem szerezhető. Az irányelv ezért az árvamű-jogállás, illetve az árva műnek minősülő művek felhasználásának egyedi problémáját kívánja jogi eszközökkel megoldani.

Ha egy műnek több jogosultja van (több szerző, pl. mert e mű magába foglal más műveket), és legalább egy jogosult személye és tartózkodási helye ismert, a művet nem lehet árva műnek tekinteni.

A 2. cikk értelmében egy mű akkor minősül árva műnek, ha – a 3. cikk szerinti *gondos jogosultkutatás* lefolytatását és rögzítését követően – a mű valamennyi jogosultja ismeretlen, vagy ha egy vagy több jogosult ismert ugyan, de mindegyikük ismeretlen helyen tartózkodik.

Az irányelv 1 cikkének (2) s (3) bekezdései nevesítik annak tárgyi hatályát, az építészeti alkotások itt nem kerültek megnevezésre. Az 1 cikk (4) bekezdése azonban kiterjesztést alkalmaz, amikor kimondja, hogy az irányelv a (2) és (3) bekezdésben említett művekbe vagy hangfelvételekbe ágyazott vagy foglalt, illetve azok szerves részét képező művekre és *egyéb, védelem alatt álló teljesítményekre is vonatkozik*. Ez az általános megfogalmazás nem erősíti meg abban, hogy az építészeti alkotások is beleértendők, azonban az irányelv melléklete, a *gondos jogosultkutatás* forrásainak megnevezése körében *kifejezetten említi az építészeti alkotásokat*:

„3. vizuális alkotások esetében, beleértve a képzőművészeti és a fotóművészeti alkotásokat, az illusztrációkat, a *tervezőművészeti és az építészeti alkotásokat, valamint az utóbbi művek vázlatait* és az egyéb, könyvekben, folyóiratokban, hírlapokban és magazinokban vagy egyéb kiadványokban megjelent ilyen műveket is”.

A 3. cikk előírja, hogy annak megállapítása céljából, hogy egy mű árva műnek minősül-e, ún. jóhiszemű és gondos jogosultkutatást kell elvégezni a védelem alatt álló teljesítmény típusára vonatkozó, megfelelő források igénybevétele révén. A gondos jogosultkutatásnak meg kell előznie a mű vagy a hangfelvétel felhasználását.

Az egyes, szóban forgó műtípusok esetében megfelelő forrásokat az egyes tagállamok határozzák meg, de azoknak magukban kell foglalniuk az irányelv mellékletében felsorolt releváns forrásokat.

A 9. cikk az átültetés végső határidejét 2014. október 29-ben határozta meg, amelynek a magyar jogalkotó eleget is tett a Szjt. megfelelő módosításával. Az úgynevezett árva művek felhasználását 2009. február 1-je óta a Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala (SZTNH) engedélyezi. Az árva műnek minősülő építészeti alkotásokat, építészeti terveket érintő különös rendelkezések ekkor még nem kerültek meghatározásra (a felhasználás és jogosultkutatás részletszabályait egy kormányrendelet tartalmazza)¹⁸, idővel, azonban ez szükségesnek mutatkozott. Ennek oka egyrészt az volt, hogy az épületek, egyéb építészeti alkotások évtizedekre készülnek, az eredeti megrendelőktől akár a sokadik tulajdonoshoz kerülnek, az évek során elvesznek a tervek, homályba vész az eredeti tervező szerző neve, vagy elérhetősége, sok az árva mű. Másrészt, az árva művekre vonatkozó magyar szabályozás nem engedte a mű átdolgozását, ami az építészeti alkotások funkcionalitása miatt (korszerűsítés, bővítés, átalakítás, stb.) sokszor elengedhetetlen.

Az egyes törvényeknek az építészeti alkotásokra, műszaki létesítményekre és azok terveire vonatkozó szerzői jogi szabályozással összefüggő módosításáról szóló 2018. évi CXXXIV. törvény kiegészítette az árva művekre vonatkozó szabályozást,¹⁹ úgy, hogy az építészeti alkotások esetében lehetővé tette az átdolgozást, ha a kérelmet az épület, mint építészeti alkotás tulajdonosa terjeszti elő. Az árva művek felhasználását, ezen belül a jogosultkutatás részletszabályait tartalmazó kormányrendelet is módosításra került, újabb adatbázisokkal egészítve ki az építészeti alkotások jogosultjainak kutatási forrásait²⁰.

¹⁸ Az árva mű felhasználásának részletes szabályairól szóló 138/2014. (IV. 30.) Korm. rendelet.

¹⁹ Szjt. 41/B. § (1a) bekezdés.

²⁰ Az árva mű felhasználásának részletes szabályairól szóló 138/2014. (IV. 30.) Korm. rendelet.

3. Az építészeti alkotások magyar szerzői jogvédelmének rövid ismertetése

A Sztj. – néhány rendelkezéstől eltekintve – 1999. szeptember 01.-től lépett hatályba²¹.

A Sztj. általános érvénnyel szerzői jogi védelemben részesíti az *irodalom, a tudomány és a művészet minden alkotását*, függetlenül attól, hogy a törvény külön megnevezi-e ezeket. A szerzői jogi védelem az alkotást *a szerző szellemi tevékenységéből fakadó egyéni, eredeti jellege* alapján illeti meg. A védelem nem függ mennyiségi, minőségi, esztétikai jellemzőktől vagy az alkotás színvonalára vonatkozó értékítélettől.

A védett jogtárgyak könnyebb behatárolása érdekében, a Sztj. a tipikusabb szerzői alkotásokat nevesíti is, köztük az *építészeti alkotást és annak tervét*, valamint az épületegyüttest, illetve a városépítészeti együttes tervét²².

A Sztj. az építészeti alkotásokra vonatkozó szabályanyag szempontjából két részre osztható:

– egy „*általános*” részre, ami valamennyi szerzői alkotásra irányadó szabályokat rendez, és;

– egy *különös részre*, a törvény *X. fejezete* egyedi rendelkezéseket (személyhez fűződő jogok, szabad felhasználás) tartalmaz az építészeti alkotásokra, műszaki létesítményekre és terveikre vonatkozóan.

Tekintve a szerzői jogi szabályozást, nyilvánvaló kérdésként vetődik fel, hogy *mit érthetünk építészeti alkotás alatt?* A Sztj. azonban nem ad fogalmi meghatározást, csak használja a kifejezést. Az építészeti alkotás, mint gyűjtő fogalom és annak a joggyakorlat által felfogott tartalma az idők során folyamatosan bővült, beleértve abba a lakóházakat, emlékműveket, diadalkapukat, síremlékeket, középületeket, bérházakat, színházakat, áruházakat, villákat, templomokat, alagutakat, víztornyokat, sőt pl. szökőkutakat, szobortalapzatokat, ha ezeket építészeti terv alapján készítették. Az építészeti alkotások közé tartoznak a belsőépítészeti alkotások, kertépítészeti alkotások is. Tekintve az építészeti alkotások sokféleségét, nem lehetséges egységes fogalmi meghatározást adni, illetve ahhoz olyan magas szinten kellene absztrahálni, hogy az épp a fogalomalkotás célja ellen hatna.

A szerzői jogvédelem megilleti az építészeti alkotások, épületegyüttesek, stb. tervét is, e körben fontos hangsúlyozni, hogy a védelem *nem az építészeti terv elnevezésétől, tárgyától, hanem annak tartalmától függ*,

²¹ Sztj. 107. § (1) bekezdés.

²² Sztj. 1. § (2) bekezdés k) pont.

bármelyik építészeti terv részesülhet szerzői jogi védelemben, ha *annak egyéni, eredeti jellege van és eléri az alkotás szintjét.*

Ittszükséges megjegyezni, hogy a Szjt. az építészeti alkotás, városépítészeti együttes, épületegyüttes tervét nevesíti, amiből esetleg tévesen arra lehet következtetni, hogy csak olyan építészeti terveket véd, melyek alapján konkrét építészeti alkotást lehet létrehozni. Ez nem így van. Az építészet körébe tartozó egyéni, eredeti alkotómunka eredményeként született tervek tárgya más is lehet, ilyen pl. településrendezési, területrendezési tervek, beépítési tervek, díszítést tartalmazó belsőépítészeti tervek, kertépítészeti tervek, bútortervek, stb. Bármely építészeti terv, amelynek egyéni, eredeti jellege van, és eléri az alkotás szintjét, szerzői jogvédelemben részesül, akkor is, ha annak tárgy nem épület, vagy építmény.

ÖSSZEGZÉS

A magyar szerzői jogi szabályozás megvalósítja a nemzetközi egyezményekben és az uniós jogi előírásokban foglaltakat. Mindemellert sajátos nemzeti jellemzőkkel is rendelkezik. Az építészeti alkotások és az építészeti tervek szerzői jogvédelme a nemzetközi trendeknek megfelelően alakul, a magyar szerzői jogi szabályozás azonban nem csak az általános szinten, hanem egyedi rendelkezések útján is foglalkozik velük. A szabályozás e körben ugyan még nem tökéletes, de annak javítása folyamatos.

Information about author:

Dr. habil. **Barta Judit**,
Miskolci Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar Civilisztikai Intézet
Kereskedelmi Jogi Tanszék tanszékvezető egyetemi docens

POLITICALLY EXPOSED PERSONS AND THE RIGHT TO PRIVACY¹

Barzó Tímea

INTRODUCTION

After listing the nominated rights relating to personality, the Civil Code of 2013 deals with the situation when the *rights relating to personality of a politically exposed person is violated*. In European legal systems it is commonly accepted that one of the consequences of social engagement is the *lower level of legal protection*. The regulation of the domestic civil law also follows this principle. Therefore, exercising the fundamental rights relating to the free debate of public affairs may diminish the protection of the personality rights of politically exposed persons, to the extent necessary and proportionate, without prejudice to human dignity². A politically exposed person must always tolerate more attack of his personality than an ordinary citizen. However, the status of public actors only *narrows the protection of rights relating to personality related to public appearance but does not exclude* the possibility to enforce a claim. For example, a public person can also claim for the violation of his rights relating to personality if the unauthorized disclosure of photographs previously unrecognized by the person whose personality rights are claimed to be violated and the publication of comments violating his human dignity³.

1. The definition of the politically exposed persons

The *concept of the public actor* is vague and indefinable, which is also caused and enhanced by the fact that public persons do not form a homogeneous group. Some them *undertake this role with their own choice* while there are others who *unintentionally* get into this position (e.g. because of their birth). Some people are *involved in the social decision-making processes*, but there are also persons who do not get into such a situation, but because of their *social involvement*, they shape the personality of the members of the sociality (especially those of the young

¹ The described article was carried out as part of the EFOP-3.6.1-16-2016-00011 “Younger and Renewing University – Innovative Knowledge City – institutional development of the University of Miskolc aiming at intelligent specialisation” project implemented in the framework of the Szechenyi 2020 program. The realization of this project is supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund.

² Section 2:44 of the Civil Code.

³ BDT2014. 3130.

people), influence their value system and they follow them as an example (e.g. performers, models, television personalities)⁴. According to Levente Tattay, people are considered to be public persons who take public publicity or have a significant influence on the development of the public life⁵. According to another concept of Levente Tattay, that public actors are natural or legal persons who influence the life of the narrow or broad society with their activity and public action, or who are involved in the public questions⁶.

The so-called „*Agent Act*” contains the following definition relating to the *public actors*: *public actor* is a person who exercise or have exercised public authority, who was nominated for a post of public authority, or who is or was responsible for the shaping of the political public opinion⁷.

According to the provisions of another act⁸, *politically exposed person* means a natural person who is entrusted with prominent public functions, or who has been entrusted with prominent public functions within one year before the implementation of customer due diligence measures. In Hungary, natural person who has been entrusted with prominent public functions include e.g. the head of State, the Prime Minister, ministers and state secretaries, members of parliament and spokesmen for the nationality, members of the Constitutional Court, of the courts of appeal and the Curia etc.

The provisions relating to the politically exposed person has to be applied to their *family members* and to *other persons known to be close associates of politically exposed persons* as well⁹.

The concept of the public persons in civil law is therefore unclear. The question *whether a person can be regarded as a politically exposed person* usually cannot be answered based on the position, the official position, public status or the wider public fame of the person, but on the legally relevant concrete life situation¹⁰. A public actor is a person who appears before the public with the intention of the public appearance. A person who works in a public place cannot be considered as a public

⁴ Menyhárd Attila (2014): *A magánélethez való jog elméleti alapjai*. In *Medias Res* 2014/2. 398.

⁵ Tattay Levente (2007): *A közszereplők személyiségi jogai*. Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2007. 19.

⁶ Tattay Levente (2006): *A közszereplők magánjogi személyiségvédelme*. Magyar Jog 2006/4. 229.

⁷ Point 13 of Section 1 of Act III of 2013 on the exploration of activities of the secret services of the past system and on the establishment of the Historical Archives of the State Security Services.

⁸ Subsection 2 of Section 4 of Act LIII of 2017 on the Prevention and Combating of Money Laundering and Terrorist Financing.

⁹ Subsection 5 of Section 4 of Act LIII of 2017.

¹⁰ BDT2011. 2420.

actor in the absence of the intent of the public appearance¹¹. In the case, in which both the plaintiff and the defendant were engaged in political activity, expressed their views on public affairs of public interest with public disclosure, and the announcements relating to the claim and the counterclaim arose in connection with their public activities, the *special rules relating to the politically exposed persons* had to be applied to both of them. It was irrelevant in itself that only the plaintiff was the representative of the local government of Y City, since the public participation cannot be narrowed down to political positions¹².

In connection with the public persons, “not the national recognition is important but the fact that any event related to the live of the person concerned have significance or newsworthiness for other people outside of the closest acquaintance”. Politicians, actors, writers and models have chosen a job, which necessarily involves a life of great interest. The protection of rights relating to personality of a politically exposed person can be limited by the very fact that, in most cases, he finds himself in the centre of attention by his own decision¹³.

2. Different tolerance threshold in connection with the express of opinion

In case of *infringements of the freedom of expression*, the tolerance threshold is much higher in case of infringement of opinions in connection with the state, public bodies, and statements of the persons representing the public authorities, than in connection with other legal entities¹⁴. The public criticism of the activities of the bodies and persons performing tasks in the state and local government is a prominent constitutional interest. The protection of rights relating to personality is therefore not based on the value judgments that come to the conflict of public opinion, even if they are excessive and exaggerated¹⁵.

In the civil law protection of rights relating to personality, there isn't any compass that could help the lawyer to set up a standard for the violation of the rights relating to personality of public persons. For example, when it was stated that the plaintiff, who is an officer of a trade union and a candidate

¹¹ BDT1999. 4.

¹² Court of Appeal of Debrecen Pfl.20.047/2016/7.

¹³ FÉZER Tamás (2014): *Személyiségi jogok*. In: Osztoivits András (ed.): A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja I. kötet, Budapest, Opten Informatikai Kft. 277.

¹⁴ FÉZER 2014 275.

¹⁵ BDT2004. 1038.

of representative of the local government, is “a miserable figure of the political game” and a “puppet in the hands of the parties”, the mere – even powerful – criticism cannot establish the protection of rights relating to personality in the absence of an unjustifiably insulting expression¹⁶. In another case, the Supreme Court ruled in principle that the unfavourable expression of public opinion or value judgment relating to politically exposed person does not in itself justify the protection of rights relating to personality even if it reflects *exaggerated or heightened emotions*. Politically exposed persons have to count with the fact that their political opponents (especially during the election period) criticize their activities, their appearance and that they inform the public about it. Politically exposed persons must also bear the opinions and criticisms that shows their personality in negative colours and negatively evaluate their activity¹⁷. Therefore, the expression and value judgement of a public actor who criticize the activity of another public actor does not in itself justify the protection of rights relating to personality¹⁸. However, if it has to be decided whether the expression of an opinion or comment involves an increased tolerance by the person concerned, it is of primary importance whether the statement challenged was in connection with the dispute over public affairs¹⁹.

During political campaign period, in connection with a *political opinion* of a politician of a party which was made during a press conference related to the purity of the electoral process, not only value judgements in connection with public affairs but statements relating to public affairs also enjoy enhanced protection²⁰. It cannot be argued, however, that if someone states – without any basis, in the knowledge of the facts – that another person have committed a criminal offence, this statement has an offending content, which provides the basis for the adjudication of an infringement even in the case of a public person. This is not excluded by Section 2:44 of the Civil Code either²¹. The measure of defamation against public actors – in the case of opinions – is the “disproportionate exaggeration” or the “unjustified harm”. It is without doubt that the private life of a public person may be the subject of press articles because this is an integral part of the increased obligation of tolerance. However,

¹⁶ BH2001. 522.

¹⁷ BH2004. 104.

¹⁸ BH2001. 522.

¹⁹ BDT2017. 3776.

²⁰ BDT2018. 3795.

²¹ Curia Pfv.IV.21.207/2016/4.

the *secrets of the most intimate private life* should not be part of everyday public debate even in the case of a public actors²².

3. The protection of facial likeness and recorded voice in case of politically exposed persons

As a general rule, the *consent of the person affected* shall be required for producing, using or disclosing his/her likeness or recorded voice.²³ An exception from this rule – among others – is if the recording was made in a *public event*²⁴. If someone appears in public places, walks on the street, rests in a spa, watches a movie, visits an exhibition, or attends a sport match, he does not do any public performance, he just has fun as a private person. However, the public performance, speech, presentation etc. of the public person (e.g. politicians, actors, spokespersons) can be regarded as a public appearance. A person taking active part in a public event, meeting or assembly is considered as a public actor²⁵. Therefore, a public actor is a person who appears before the public with the intention of the public appearance. However, a person who works in a public place cannot be considered as a public actor in the absence of the intention of the public appearance²⁶. However, the audience of the public performance cannot be regarded as public person in any way.

However, a *lawyer* representing a state body cannot be considered as a public authority or a public actor during the *public hearing of a civil lawsuit*, his activity cannot be regarded as a public activity. In the civil lawsuit, the public authority is exercised by the court; in the exercise of their procedural rights the representatives of the parties are not acting for the public interest, but for the interests of the represented party. Therefore, their *consent is required for producing their likeness or recorded voice during the public trial*²⁷.

²² Court of Appeal of the Capital 17.Pf.20.706/2016/3-II.

²³ Nowadays, the use of facial likeness with the consent of the person for advertising purposes has become a complete industry. We can see almost every day advertisements with the images of famous athletes, actors or media icons. The detailed rules of business image transfer – so-called merchandising contract – can be found in commercial law and in marketing.

²⁴ Subsection 2 of Section 2:48 of the Civil Code.

²⁵ SZEGHALMI Veronika: A képmás polgári jogi védelme és a hazai szabályozás alapvonalainak áttekintése európai példákon át. http://www.mediakutato.hu/cikk/2014_01_tavas/04_kepmas_ptk_europa.pdf (date of download: 2018. 08.10.) 56.

²⁶ BDT1999. 4.

²⁷ BDT2016. 3441.

According to the uniform judicial practice based on the regulation of the Civil Code related to the public appearance, the likeness of a politically exposed person can only be used *in relation to his public appearances*, in the framework of his public manifestations without his consent. *The likeness of the public actor is therefore not subject to free usage*²⁸. For the purpose of making a likeness or recorded voice, the *conditions for public appearance are met* if the recording is made on a public event where it is ordinary to make a film and television recordings, i.e. the person who takes part in the event, must count with the fact that his personally is – recognizably – recorded. Appearance in a record in a police cell cannot be regarded as a public appearance, therefore the consent of the person concerned is required for the publication their likeness or recorded voice during the public trial not a public act, so the consent of the person concerned is required to disclose the recording²⁹. The press conference of a chief police officer is considered as a *public appearance*. Therefore, the rights relating to personality are not violated if his image is published as an attachment to the newspaper article without his consent³⁰. In connection with the attendant of a public actor, a broader interpretation can be read in a judgment of the Curia, according to which if someone takes part in an event funded by public finances as the companion of a public person, he/she has to expect that the press will report it, even using his/her image. In such cases, the right to freedom of the press (freedom of expression) has to be compared with the enforcement of the right of the individuals to the protection of his/her image³¹.

The public position or the political role naturally turns the attention of readers to the private life of the politically exposed persons, therefore the media service providers often increase the number of their viewers and readers not only by disclosing recordings of their public appearances. It raises the question how it is legitimate to disclose recordings of certain events of the private life of a public actor without his consent. As a general rule, the behavior and the acts of the politically exposed persons *cannot be regarded as part of the inviolable private life* – regarding their potential impact on society, their role in the political and social life, and the interest of the public to be informed. On the hand, however, a public person may

²⁸ BH2006. 282.

²⁹ BDT2007. 1663.

³⁰ BDT2006. 1298.

³¹ BH2017.86.

also rightly claim for the respect of his right to privacy. Where does this boundary lie?

4. The protection of the right relating to personality of the public figures

The Civil Code adopted in 2013 did not only give exemption for the consent of the public persons in case of likeness or recorded voice, but it declared the protection of the rights relating to personality of the public actor as follows: “exercising the fundamental rights relating to the free debate of public affairs may *diminish the protection of the personality rights of politically exposed persons*, to the extent necessary and proportionate, without prejudice to human dignity”³². However, the Act only provides this opportunity under certain conditions.

(a) One these conditions, which is still existing, is that the limitation of the right relating to personality of a public person can only be occurred for the *exercise of the fundamental rights of the discussion of public affairs*, e.g. parliamentary speech, public debate. This wording has also indicated that the satisfaction of the curiosity of the society is not a sufficient basis for the intervention in the private life, even in case of a person taking part in the social decision-making. It is important to treat the public appearance and the private life of a politically exposed person separately, because the public actor is equally entitled to the right to privacy as a private individual. The levels of the protection of the rights relating to personality are separated only in case of the public participation. Disclosure of a record taken from a public actor may therefore diminish the right to likeness defended by the act only *to the extent necessary and proportionate to the discussion of public affairs*. The consent of the person concerned is required to publish a photograph of a well-known person which was not taken in a life situation requiring public interest. In the absence of this, the recording made and published violate the personality right to image of the person concerned³³.

If the legal protection of the politically exposed persons wants to be assessed, the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) also has to be analysed. Regarding the fact that Hungary is a State Party to the European Convention on Human Rights, it is important to enforce the criteria of the ECtHR elaborated during the interpretation of the Convention as the minimum requirements of legal protection when

³² Section 2:44 of the Civil Code – text effective on the 15th March 2014.

³³ BDT2017. 3693.

elaborating Hungarian constitutional standards³⁴. The ECtHR lied downed the general aspect of the publication of likeness in the press in the *so-called Hannover-cases*.³⁵ These are the following³⁶:

– How does the photo and the article contribute to a public debate? It is a key issue whether the particular article contributes to the social debate in a particular topic, or its sole intention is the satisfaction of the curiosity of the public. In the latter case, the right to privacy obviously deserves more severe protection³⁷.

– How well-known is the person concerned and what is the subject of the communication³⁸?

What was the previous behaviour of the person concerned against the press?

³⁴ See in details: SZÉKELY László: A cselekvőképesség. In: Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz. (ed. Vékás Lajos-Gárdos Péter) Wolters Kluwer, Budapest, 2014. [SZÉKELY 2014./2.] 132–134.

³⁵ The complainant of these cases was Caroline von Hannover, the Princess of Monaco, the member of the Royal Family of Monaco, who usually represents the family in social events. The common feature of all three cases is that Caroline von Hannover opened a procedure before the competent German courts. In these proceedings she requested the court to prohibit the press from publishing the photographs taken about her. However, the German courts found her applications unfounded with regard some photographs. Caroline von Hannover thought these decisions are contrary to the European Convention on Human Rights and complained to the ECtHR. Boronkay Miklós (2014): *A képmáshoz és hangfelvételhez fűződő jog*. In: A személyiség és a média a polgári és a büntetőjogban. Az új Polgári Törvénykönyvre és az új Büntető Törvénykönyvre tekintettel. (ed. Csehi Zoltán-Koltay András-Navratyil Zoltán), Budapest, Complex Press. 37–44.

³⁶ http://nmhh.hu/cikk/192476/LilloStenberg_v_Norway_avagy_a_Strasbourgi_Birosag_hatasa_a_nemzeti_jogalkalmazásra (date of download: 2018.08.10).

³⁷ In the second case before the ECtHR (40660/08. and 60641/08.) was emerged because of three articles and pictures. The first picture was about Caroline von Hannover, Princess of Monaco, and her late father, Duke Rainer, as they walk past each other. The main topic of the article was the Duke's medical condition and his illness. The case went to the German Federal Constitutional Court, where the court stated, in line with the federal court, that the two articles and photos about the holiday of the family did not contribute to public debate of public affairs in any way. But, the first article dealt with the poor health of the monarch and this situation was illustrated by the photograph too, which can be a matter of public interest. So, contrary to the pictures of their winter vacation, in this case, the rights relating to personality shall be overshadowed by the right of expression of the press and the right to public information. From the latest decisions of the European Courts of Human Rights. In: *Fundamentum* 2012./3.118. http://epa.oszk.hu/02300/02334/00049/pdf/EPA02334_Fundamentum_2012_03_115-123.pdf (date of download: 2018.08.10).

³⁸ On 3rd May, 2005 a woman sad to the Daily Mail, that his son's father is Prince Albert II of Monaco. After this, another article was released in the Paris Match with the same topic, in which there were some pictures about the Prince with his son in the arm. According to the Court, the topic of the article touched the private life of the Prince, but the further information was beyond the private life, because the function of the prince, the head of state of Monaco, is inherited. From the latest decisions of the European Courts of Human Rights. In: *Fundamentum* 2016./1. 119. http://epa.oszk.hu/02300/02334/00070/pdf/EPA02334_fundamentum_2016_01_115-131.pdf (date of download: 2018.08.10).

What form and content has the article appeared³⁹?

During which circumstances was the photograph taken (with or without the consent of the person concerned)?

The information obligation of the press does not create additional rights; linear media service providers are also obliged to comply with the law in fulfilling this obligation, and their activity – as a general rule – cannot harm the rights relating to personality of other persons. If the likeness or voice of a public actor is recorded in a public place without his or her consent, the *collision between the freedom of expression and the protection of rights relating to personality has to be resolved by balancing the interests* even if the communication contributes to the presentation of a matter of public interest. The use of a record taken with a hidden camera violates the right to likeness or recorded voice of the politically exposed person, if the recordings do not contribute to the presentation of a matter of public interest, and if it does not have any information to promote it⁴⁰.

b) The *right to human dignity* of a public actor must also be respected by the infringer even if his or her rights relating to personality are restricted. Therefore, it is without doubt that the public status simply narrows down the protection of rights relating to personality, but does not exclude the possibility of enforcing the claim, in particular in case of comments of pictures published by the press organs which violate human dignity⁴¹.

c) Finally, it is also an important condition that the rights relating to personality of a public figure can only be diminished *to the extent necessary and proportionate*. This means that statements concerning the integrity and reputation of a public actor cannot be turned into personality, which means that they cannot aim solely to the humiliation, abasement and degradation of the person concerned.

According to the original text of the Civil Code, the rights relating to personality of politically exposed persons can only be limited by “*reasonable public interest*”. However, this text was annulled by the Constitutional Court.

³⁹ In Norway, a local magazine published a two-page article about a couple of famous musician’s wedding, which was illustrated by several photographs. These photos are taken approximately 250 meters from the event. In the photographs the bride is shown when she arrives with her dad and others on a boat to the island which is the place of the wedding. According to the decision of the ECtHR, it is true that weddings belong to private life, but this one was public figures’ wedding, so it was matter of public interest. The article did not contain any criticism, did not report a negative assessment for the affected pair, and did not contain the moments of wedding ceremony. Furthermore, the island, which was the place of the wedding, is an open place to the public, so the ECtHR did not judge harmful the pictures. http://nmhh.hu/cikk/192476/LilloStenberg_v_Norway_avagy_a_Strasbourgi_Birosagi_hatasa_a_nemzeti_jogalkalmazasra (date of download: 10.08.2018).

⁴⁰ BDT2017. 3760.

⁴¹ BDT2014. 3130.

According to its reasoning, the dispute of public affairs is in itself a public interest which can be a limit of rights relating to personality of persons exercising public power, therefore imposing a further public interest in that regard would disproportionately constrain the freedom of the press⁴².

The provisions entered into force on the 15th March 2014 declared the possibility of limitation of the rights relating to personality of public persons, but its limits were the necessary and proportionate extent of the exercise of the fundamental rights relating to the free debate of public affairs and the respect of human dignity according to the Code. However, it was the judicial practice which elaborated the extent how the information and images belonging to the private life of public figures may be disclosed for the exercise of the fundamental rights ensuring the free dispute in public affairs.

5. The declaration of the right to private life of politically exposed persons

In the recent years, the international and domestic judicial practice has increasingly confronted the possibility of limitation of the rights relating to personality of politically exposed persons with the requirement of the *inviolability of their private lives*. The ECtHR has also dealt several times with the conflict between the right to respect for private and family life enshrined in Article 8 and the freedom of expression described in Article 10 of the European Convention on Human Rights⁴³. It is the responsibility of the journalists to respect the rights of privacy of individuals, including public actors as well, for which they must take into account prior to the publication the expected impact of the information and images they wish to communicate, and to consider what information are *rightly subject of public interest*.

This is also a question of the domestic judicial practice, which is proven by a recent decision-making decision. A politically exposed person was prosecuted for the commission of truculence, and the court hearing has caused great press interest in 2017. In this context, a web site operator published an article on the day after the hearing. According to the article, the plaintiff told at the court hearing he was horribly overwhelmed because of the 72-hour custody but after an hour of his release, he was already looking for a party on the internet. The article explained that according to the Wikipedia the website planetromeo.com is an international dating site for homosexual, bisexual and transgender men. After the release

⁴² Decree 7/2014. (III. 7.) of the Constitutional Court.

⁴³ Application No. 40454/07; Application No. 39954/08; Application No. 40660/08. and Application No. 60641/08.

of the articles, the applicant received a number of vulgar messages on his Messenger site and most of them referred to his alleged gender identity. In this case, the Court of Appeal of the Capital stated, that the protection of right to privacy of politically exposed person can be restricted only *in the event of an overriding public interest* and in the case, *if the interference is related to the person's public appearance, his advertised ideas, and his actions, statements, which aiming at the formulation of public life*.

Denial of a statement in relation to an insignificant moment of a public event is not a sufficient reason for the press to show the affairs of the most intimate private life of a public figure: exercise the right to freedom of press such in a way is not proportionate to the harm of personal right of privacy of the public figure⁴⁴.

The first section of the Article VI. of the Fundamental Law, which was supplemented by the seventh amendment of it, declared that freedom of expression and the right of assembly cannot cause the harm of others' right to private- and family life, and of home with the effect of 29th June, 2018. The second section declares, as a new rule, that the state protects the calm of home by legal instruments.

There is a whole new act on the protection of private life since 1st August, 2018⁴⁵. According to the preamble of the Act, the right to private life, family life, home and contact are deriving from the innate dignity of human. The right to private life is vital to the fulfilment of human being and self-identity, because it defines the untouchable province of personality. The Act emphasises that everyone is entitled by the right to privacy (private life) and it shall be respected during the discussion of public affairs as well, so discussion of public affairs cannot cause the harm of right to private and family life and of home. In line with the Fundamental Law, politically exposed persons are also entitled by the right of private and family life and of home.

The private and family life of the politically exposed person and his/her home is protected by the same protection as the person who is not a public figure⁴⁶. The right to respect of private life can be violated by the misuse of the personal life data, secret, facial likeness, recorded voice or the harm of honour and reputation⁴⁷.

In order to create consistency with the Article VI. of the Fundamental Law, the Article 2:44. of the Civil Code, which is relating to public figures,

⁴⁴ BDT2018. 3847.

⁴⁵ Act LIII. of 2018. on the protection of private life (Ppl.).

⁴⁶ Section 2 of Article 7 of Ppl.

⁴⁷ Section 2 of Article 8 of Ppl.

shall be amended. According to the new rules, exercising of fundamental rights relating to the free debate of public affairs may diminish the protection of the personality rights of politically exposed persons, to the extent necessary and proportionate, without causing any harm to human dignity. *However, it may not breach the right to respect for his or her private and family life, and home.* It is also important, that *public figures are entitled the same rights and protection as the non-public figures* in case of the behaviour or dispute is outside of the public affairs. Furthermore, an activity or data related to the private or family life of a public figure is not the subject matter of public affairs.

The new legislation carries a very strict message: if the disclosure of an activity or data relating to the private and family life of a public figure can never be classified as a public affair, then in this respect, the public figure is entitled by the same protection as the non-public figure. Namely, (s)he is not obliged to endure bit more than an ordinary person in these cases, even though (s)he is a public figure and (s)he is given so much personal attention by the society than an ordinary person. The strict regulation of the law seems to be contrary to the ECtHR's interpretation. According to the ECtHR, a person, who takes part in public life must know that events of his private life may also be the matter of public interest and therefore the press is entitled to deal with, of course within certain limit, these events and moments. The new Hungarian legislation excluded the application of assessment criteria defined by the ECtHR in relation to the conflict between the freedom of expression and the integrity of privacy, by stating that the disclosure of activity and data within the scope of privacy is unlawful without the consent of the certain party, even in the case of public figures. So, there are no other solutions for courts, then the "*much more strict definition*", *interpretation* of whether the misuse of personal data, secret, facial likeness, recorded voice, or violation of honour and reputation can be regarded the violation of rights of private life. Strengthening the latter conceptualization can only mean the, relatively broader, interpretation of the freedom of expression in line with the ECtHR and one of the possible instrument for approaching the previous judicial practice.

Information about author:

Dr. Barzó Tímea,
PhD, University Docent, Head of Department of Civil Law
of the Faculty of Law
Institution of Civil Law Sciences
University of Miskolc, Hungary

THE IDEOLOGICAL AND REGULATORY QUESTIONS OF THE RIGHT TO PRIVACY, WITH PARTICULAR REGARD TO THE SITUATION OF PUBLIC FIGURES

Halász Csenge

INTRODUCTION

Defining and protecting the right to privacy is one of the important tasks of modern jurisdictions. The development of this right has always been greatly influenced by societal, economic and technological changes. The first drafting of this eligibility was brought forward when *Eastman Kodak* introduced a small, compact camera that made it possible to take photos clandestinely¹. This gave a starting point to *Samuel Warren's and Luis Brandeis'* work that was published in the *Harvard Law Review* in December of 1890, titled "*The Right to Privacy*" which has laid the foundation of the discourse over privacy. As the authors wrote: "*Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person*"².

Although, today the economic and societal system is completely different, the need for the protection of privacy, that *Warren and Brandeis* wrote about, has not expired, moreover, in some respect there is a greater need for protection than ever before. There is a stark contrast between this approach and the words of *Mark Zuckerberg*, founder of Facebook, from 2010 who stated that "*privacy has ceased to be a social norm*".

Emphasizing the importance of internet platforms, including social media sites, may seem superfluous in 2020, however, these sites' impact on rights relating to personality, in particular, on privacy, is unquestionable. The situation of public figures cannot be ignored in this matter, as the Civil Code does not provide an exact, universal legal definition for this group. The interpretation of this concept is, thus, a task for the judicial case-law.

In this study, I shall seek to explore that the right to privacy how and on what ideological basis fits in the domestic legal system, the development of this right's interpretation in relation to public figures, since the relationship between the public and private sphere is considered crucial in terms of every legal system. One of the cornerstones of a democratic legal system is

¹ Peter BERTUS-BARCZA: Az első Kodak fényképezőgép. https://ng.hu/kultura/2006/09/04/az_elso_kodak_fenykepezogep/ (Retrieved: 20 February 2020).

² SIMON Éva: Egy XIX. századi tanulmány margójára, 36.p. https://infonia.hu/digitalis_folyoirat/2005_2/2005_2_simon_eva.pdf (Retrieved: 20 February 2020).

the right to criticize legal entities engaged in public life, it also serves wide-ranging social discourse of this matter. In this respect, Act LIII of 2018 on the protection of privacy, concerning mainly the situation of public figures, is a judicial novelty.

In this analysis, after a necessary ideological systematization, I shall define the place of privacy in the Hungarian legal system, especially the innovations of the regulation. For this overview, I shall refer to the relevant case-law of the European Court of Human Rights. Along these main guidelines, I shall provide a more complex picture of the current situation of public figures' right to privacy, also I shall draw attention to possible anomalies.

1. Some ideological questions about the right to privacy

The ideological interpretation of the right to privacy poses several challenges. In this respect, it is important to note that the "private life" of public figures has always been observed differently from that of non-public figures.

First, it is important to clarify to what extent the English expression "privacy" corresponds to the definition of private life/ private sphere (Hungarian *magánélet/magánszféra*). In the present study, for stylistic reasons, these expressions are used as synonyms. It is essential to state that the two is not completely the same. The English expression "privacy" is usually translated to Hungarian as private sphere (*magánszféra, privátszféra*), private life (*magánélet*). However, finding a perfect Hungarian equivalent seems impossible, since the English expression implies more than just a person's physical private sphere, it also implies a one's feelings, human dignity, and the right to protection to one's personal data.

Warren and Brandeis, in their pivotal work, defines the essence of privacy as the absolute right "to be let alone". This formulation created a basis for a fundamental discourse during which many attempts have been made to redesign the definition.

Due to the almost infinite number of possible definitions the present study provides a subjective selection of the explanations to point out the wide range of interpretation of this eligibility. To close the chapter, I state my opinion by grasping the essential elements of these explanations.

In my view, it is appropriate to differentiate two groups of the attempts to define privacy. In the first group, there are the definitions, which do not consider privacy as a solid concept but capture several aspects of it.

Regarding this group, it is worth to mention *Ken Gormley's*, a Harvard Law School professor's work first, who has divided the definitions of private

sphere into four groups. The first category includes definitions that view privacy as a major factor of humanness. He has categorized theories which consider privacy as the freedom of autonomy (i.e. decision making and expression). The third group based upon theoretical approaches that regards the flow of information about a person as essential part of privacy. The fourth category is made up of the theories that divide the right to privacy into various components³.

William A. Prosser's work is an important milestone on the subject of privacy, he published his study in 1960, in which like Cooley, he distinguished four cases, aiming at the possibility of vindication in a court case. The first group of cases contains intrusion into the plaintiff's private affairs, while the second involves disclosure of sensitive information regarding the plaintiff. The third case group involves publicity, which deceitfully characterizes the plaintiff to the general public, the fourth group includes the use of the plaintiff's name or appearance to the benefit of the respondent. According to *Prosser* these cases are not closely related, although they all violate a part of the "privacy" they are supposed to be treated separately⁴.

Ferdinand Schoeman's work is also worth mentioning, he addressed the philosophical dimension of privacy and distinguished three segments of the private sphere. In *Schoeman's* view, privacy can be interpreted as a claim, title or right, that aims to allow the person to determine which personal information should be disclosed. On the other hand, it can mean control over an individual's private information, intimate aspects and the ability to determine who has access to them. Thirdly, it can be understood as a condition in which the access to the individual is restricted⁵.

To draw on the Hungarian legal literature, *Fézer Tamás's* viewpoint could be highlighted. According to his views, there is an emotional and physical aspect of the protection of the private sphere⁶.

The second category includes the definitions, which regards privacy as a single, uniform concept.

³ SIMON Éva op.cit.p. 33.

⁴ Paul M. SCWARTZ – Karl Nikolaus PEIFER: Prosser's Privacy and the German right of personality: Are Four privacy torts better than one unitary concept?, in.: California Law Review, 2010/6., 1937.p.

⁵ JÓRI András – Soós Andrea Klára: *Adatvédelmi jog, Magyar és európai szabályozás*, Budapest, 2016, 15-16.p.

Lásd. hozzá: Ferdinand D. SCHOEMAN: *Privacy: Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

⁶ FÉZER Tamás: A privátszféra polgári jogi védelmének alapkérdései, in.: Debreceni Jogi Műhely, 2014/1-2., 4.p. http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/1_2_2014/a_privatszfera_polgari_jogi_vedelmenek_alapkerdesei/ (Retrieved: 12 February 2020.)

In this context, *Thomas M. Cooley* can be highlighted, who first used the phrase “*the right to be let alone*” in 1888 and from whose work Warren and Brandeis drew from; *Cooley’s* starting point was the inviolability of the personality, he viewed the right to privacy as its completion⁷.

Clinton Rossiter, researcher at Cornell University, captured the essence of the concept in autonomy. According to his definition: “*Privacy is a special kind of independence, which can be understood as an attempt to secure autonomy in at least a few personal and spiritual concerns, if necessary, in defiance of all the pressures of modern society*”⁸.

Another prominent example is *Alan Westin*, Columbia University professor, he saw the essence of privacy in control over the flow of information related to the individual. According to his views, privacy is the right of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others⁹. *Milton R. Konvitz* came up with his definition of privacy at the same period of time; he defined private sphere as a “*place*” where one can be and can remain oneself¹⁰.

Ruth Gavison, who has explored the nature of privacy in many of her studies, defines it as a limited accessibility to the individual. According to *Gavison*, the individual of whom no one has information, no one pays attention to and no one has physical access to has reached complete privacy¹¹. This definition may sound somewhat idealistic, since this level of “anonymity”, especially in the context of the digital world, seems impossible. Given today’s technological context, the concept of invisibility on the Internet and “*the right to be forgotten*” is a very exciting question.

These entitlements are an important link to the right to privacy, as by tracking individuals' online activity various conclusions can be drawn from their social network, preference, habitual location, shopping habits, politics, or religious preferences. Summarizing all this data can be used to create

⁷ Dorothy J. GLANCY: The invention of the right to privacy, in.: *Arizona Law Review*, 1979/1. sz, 28.p.

⁸ SZÉKELY Iván – SOMODY Bernadette – SZABÓ Máté Dániel: Biztonság és magánélet, Az alkumodell megkérdőjelezése és meghaladása, in.: *Replika*, 2017/3, 15.p.

⁹ MÉSZÁROS János: Adatvédelem a XXI. században és az internet világában, PhD értekezés, Témavezető: Prof. Dr. Paczolay Péter, Szeged, 2017, 17.

¹⁰ SZABÓ Máté Dániel: *Kísérlet a privácya fogalmának meghatározására a magyar jogrendszer fogalmaival*, http://epa.oszk.hu/01900/01963/00013/pdf/infotars2005_05_02_044-054.pdf (Retrieved: 14 January 2020) 45.

¹¹ See op.cit.p. 46.

a profile that clearly affects privacy, so the prohibition of profiling means a crucial data protection guarantee.

There are numerous studies in the Hungarian legal literature concerning privacy, which focus only one aspect of private sphere. *László Majtényi*, for example, emphasized the nature of the eligibility through wide ranging literary comparisons¹². *Máté Dániel Szabó* argues that privacy is the right of the individual to decide about one's faith, what one will do about oneself and the information about oneself¹³. *László Székely* describes privacy as the innermost space of an individual where one can express oneself without restrictions¹⁴. In the words of *Attila Menyhárd*, the right to privacy includes the right to physical, mental and social integrity¹⁵.

Considering conceptual questions, I would echo the position that do not regard privacy as a uniform concept. I took the view that privacy has both a material and psychic aspect. Privacy in the physical world refers to the tangible aspect of the private sphere, like the protection of private home or personal space. The protection of the private home is of crucial importance as it can be regarded as a core, a place where the legal subject can develop their personalities the most, without societal expectations or scrutiny. Personal space is not a permanent location, it serves as a shield from unauthorized, threatening influences.

Regarding the emotional side of the private sphere, personal data plays a prominent role, of which everyone can decide whether to disclose them or not. Confidentiality is vital as well as the protection of image and sound recording. Overall, it can be established, there is a psychic and physical aspect of privacy and both of their protection is of paramount importance. In my view, this conceptual definition points out and leads us to the question whether the right to privacy can be interpreted distinctly from other eligibilities.

I took the view, that violation of privacy can manifest in the violation of another personality right, therefore, we cannot speak of an independent, separate interpretation of these rights.

¹² MAJTÉNYI László: Az információs szabadságjogok, adatvédelem és a közérdekű adatok nyilvánossága, CompLex Kiadó, Budapest, 2006, 46–55.

¹³ SZABÓ Máté Dániel op.cit.p.46.

¹⁴ SZÉKELY László: A magánszféra védelme az Ombudsmani gyakorlatban, 181. http://www.eltereader.hu/media/2018/04/Gorog_Menyhard_Koltay_Szemelyiseg_READER.pdf (Retrieved: 2 May 2019).

¹⁵ MENYHÁRD Attila: A magánélethez való jog elméleti alapjai, in.: In *Medias Res*, 2014/2.sz., 55. http://www.eltereader.hu/media/2018/04/Gorog_Menyhard_Koltay_Szemelyiseg_READER.pdf (Retrieved: 2 May 2019).

2. Possible conceptual scope of public figures and the relevant judicial practice

2.1. Conceptual questions

It is just as impossible to give an exact, universal definition of the notion of public figure as it is to do so with privacy, furthermore, giving an exact construction to it would not serve the exercise of rights. In a decision made in 1939, the Royal Curia of the Kingdom of Hungary stated that “*satisfying gossip curiosity is not in the public interest*”¹⁶. Nowadays, the framework of the “*gossip curiosity*” has fundamentally changed as a result of the advancements of the digital world and the interpretation of the personality rights has risen more question than ever before.

The current Civil Code defines the situation as a reason for exclusion of lawbreaking since the violation of the personality rights is made against a public figure; it requires judicial review. The law stipulates that the exercise of fundamental rights ensuring a free discussion of public affairs may limit the personality rights of public figures to an extent that is necessary and proportionate and is without violating human dignity; however, it shall not violate their private and family life and home¹⁷. Later, the law states that public figures shall be entitled to the same protection as non-public figures with regard to communications or conduct falling outside the scope of free discussion of public affairs¹⁸. Finally, it declares that activities and data in relation to the private or family life of public figures shall not qualify as public affairs¹⁹. These regulations were enacted as of 1 August 2019, in line with *Act LIII of 2018*. Present study will disclose this new type of regulation and the relating question in a separate chapter. In this chapter, it is crucial to fix that the Civil Code does not provide any guidelines to clarify the concept of public figures.

In legal regulations there can be found multiple definitions concerning public figures. One of them is *Act No. III of 2003 On the Disclosure of the Secret Service Activities of the Communist Regime and on the Establishment of the Historical Archives of the Hungarian State Security*, known commonly as the “agent law”. The law views the exercise of public power as the main element in the notion of public figures. Based on

¹⁶ SARKADY Ildikó: A közszereplők személyiségvédelme a bírói gyakorlatban. http://www.mediakutato.hu/cikk/2006_03_osz/06_kozszereplo_k_szemelyisegvedelme (Retrieved: 26 November 2019).

¹⁷ Ptk. 2:44. § (1).

¹⁸ Ptk. 2:44. § (2).

¹⁹ Ptk. 2:44. § (3).

Act III of 2003, public servant is any person, who exercises public power or was designated for a position entailing the exercise of public power and who forms or formed the political public opinion pursuant to his task²⁰. *Act CXXXVI of 2007 on the Prevention and Combating of Money Laundering and Terrorist Financing* views the concept from a different standpoint. The interpretive provisions state that “*politically exposed persons*” is natural persons residing in another country who are or have been entrusted with prominent public functions within one year before the carrying out of customer due diligence measures, and immediate family members, or persons known to be close associates, of such persons.

There are several formulations that require consideration in this legal norm and essentially it is the legal practice’s duty to fill in this framework, but the law further clarifies who is considered as a *politically exposed person*. Such persons basically are natural persons entrusted with prominent public functions such as heads of the State, heads of the government, ministers, deputy ministers, secretaries of state, members of parliaments. Members of supreme courts and of constitutional courts or of other high-level judicial bodies, heads of courts of auditors, members of courts auditors, or of the boards of central banks also belong to this category. The regulation includes ambassadors, *chargés d’affaires* and high-ranking officers in the armed forces, with the ranks of chief officer or general officer, as well as, members of the administrative, management or supervisory bodies of State-owned enterprises of majority control into this group²¹.

Both the agent law and the aforementioned law combating money laundering and terrorism are branch legislations. Obviously, they do not formulate universal definitions, these are only valid in the field they regulate.

The Constitutional Court has dealt with the nature of being a public actor. First, it discussed the nature of political public figures in *Decision 36/1994 (VI. 24). AB*, according to which public acting is expressions shaping the life of a narrower or wider part of society and influences the development of local or national relations²². This explanation has made it clear that the Constitutional Court captures the essence of the notion of public figure in some form of action.

In this respect, *Levente Tattay’s* position can be emphasized, who considers the protection against public harm crucial for the sake of the purity of public life. He considers natural and legal persons as public figures who

²⁰ Act III of 2003 1.§ 13.

²¹ Act CXXXVI of 2007,4.§ (1)–(2).

²² Decision 36/1994 (VI. 24.) AB.

by their activities influence the life of a narrower or broader part of society, the development of local or national relations, and who are involved in a matter of public interest²³.

Overall, it can be stated that law application has a key role since there is no generally accepted Civil Law definition of public figures.

The Regional Court of Pécs made an important finding in a case verdict, where it states that to decide whether an individual is a public figure or not position, official title, status or wider recognition for any reason should not be considered but specific life situation should²⁴. Courts must decide on a case-by-case basis whether an individual should be regarded a public figure.

In my view, it is appropriate to broaden the notion of public figures. On the various image and video sharing portals, some users, who otherwise do not take on the classic role of public figures, have profiles with hundreds of thousands of followers and report on events that would otherwise belong to their private sphere. There is no universal standpoint on whether “*internet celebrities*” should be considered as public figures, it is for the judicial practice to clarify this question. As I see, it is justified to extend the notion of public figure to those who create profile pages with hundreds of thousands of followers on the Internet, since they are opinion leaders for a broad social group with their perspective, public lifestyle, opinion and by the products they advertise.

In the following, it is worth highlighting some case-law examples of domestic case-law and relevant ECHR case law, as well as an overview, in order to raise questions of the interpretation of the law on the protection of privacy.

2.2. Relevant case-law

In cases relating to the private life of public figures, the ECHR applies Article 8 and 10 of the European Convention on Human Rights. Article 8 declares the right to respect one’s privacy, while Article 10 provides the right to freedom of expression. Regarding the verdicts, I examined these two competing eligibilities were in conflict. The baseline was, obviously, *the case of von Hannover v. Germany*²⁵, since the ECHR declared relating

²³ Tattay Levente: A közszereplők magánjogi személyiségvédelme, *Magyar Jog*, 2006/4, 228–233.

²⁴ Regional Court of Pécs : Pf.20403/2010/4.

²⁵ Von Hannover v Germany, no. 59320/00., 2004.június 24-i ítélet, Von Hannover v Germany (no.2.), no.40660/08. és 60641/08., 2012. február 7-i ítélet, Von Hannover v Germany (no. 3), no. 8772/10., 2013. s.

to images published by the press, thusly relating to privacy fundamental principles. *Caroline von Hannover* opened three court proceedings, she asked in each case that ECHR ban certain media outlets from publishing pictures of her. The newspaper articles complained of included snapshots taken of the princess in the context of her private, family life, such as portraying her in the patio of a restaurant having dinner with an actor or in the company of her children, so while performing everyday activities. The court's position was that the freedom of expression includes the right to disclose the pictures, the question in this case was whether the publication of the photos contributed to the free debate of public affairs and to the society's democratic function. The court ruled that the sole purpose of the of these pictures were to satisfy a gossip hungry social group and they did not contribute to the debate of general interest. Thus, the princess was right to refer to the infringement of her personality rights. In later proceedings opened by the princess the court refined its arguments and added new perspectives for consideration to balance between the freedom of expression and the right to privacy. One of the most important aspect is the extent to which the published images contribute the to debate of general interest, the fame of the person and the subject matter should also be considered. The circumstances in which the photographs were taken, and the behaviour of the person concerned in the past should be examined, as well as whether the image in question have already been published in any press organ.

The *case of Krone Verlag GmbH v Austria* can also be highlighted²⁶. The process was based on that the image of a politician named Posch, who was both a member of the national and European parliament and a tutor, was published multiple times by an Austrian newspaper, as the attachment of articles dealing with the politicians illegal asset management. As the court ruled a politician is unquestionably a public figure, hence Posch must bear the inherent consequences of his involvement in public affairs. Thus, the court found no substantial reason why the complainant should bar the publishing of the photographs. The court also pointed out that neither of the images led to the disclosure of the politician's private life, furthermore Posch's portrait and biography is available for everyone on the Austrian Parliament's website. According to the court's position such reporting cannot be limited in a democratically functioning society. This judgement raises interesting questions relating the protection of privacy, it is not interpreted independently, is alleged violation manifests in the image rights.

²⁶ Krone Verlag GmbH & Co. KG contra Austria. <https://kuria-birosag.hu/hu/ejeb/krone-verlag-gmbh-co-kg-beteti-tarsasag-ausztria-elleni-ugye-3431696>.

By examining these examples of ECHR judicial practice, it can be stated that it adopts functional approach, it is not based on the person in question but on the “*function*” he performs²⁷. This definition is also consistent with the approach taken by the domestic courts, which interpreted the boundaries of privacy in relation with the right to images and the right to dignity, honour and reputation.

In a domestic lawsuit in 2016, the court had the task of interpreting the framework of public figures’ privacy in connection with a Facebook post²⁸. In a newspaper published by the defendant, a newspaper article entitled “*Having a relationship with a man*” was published concerning the plaintiff, a public figure. Images were also attached to the article, one showing the plaintiff and his partner, which was posted to Facebook by the plaintiff’s partner also indicating in his post that they are in relationship. Following the publication of the article and the images, the plaintiff instituted proceedings against the defendant for infringement of his right to privacy. One of the main matters in the litigation was whether the content published by the plaintiff’s partner was publicly disclosed or not. The plaintiff’s position was that the article became available to wider audience without his consent resulting in his relationship status and homosexuality being revealed, although they were only intended to share this information with a group of 300–400 acquaintances.

The court dismissed the plaintiff’s claim on the one hand, citing that the Facebook post in question had been publicly displayed on the profile page, so it was accessible to anyone, on the other hand, according to the 4 article of the Facebook’s Disclaimer and Copyright, which acts as terms and conditions and accepted by all users upon registration, if users publish information with public setting they make it accessible to anyone to use it and to associate with users. Overall, it can be stated that the group of 300–400 acquaintances is not a narrow public, in case of such publication it cannot be barred that the content would be removed from this particular circle even by saving or forwarding. Against this background it can be established that Facebook posts shared with “*public setting*” do not belong to the protected domain of privacy.

A 2018 regional court verdict can also be noted on this subject²⁹. Based on the state of its facts, a public figure was prosecuted which was covered by

²⁷ Menyhárd Attila: A magánélethez való jog elméleti alapjai. <http://media-tudomany.hu/archivum/a-maganelethez-valo-jog-elméleti-alapjai/>.

²⁸ Fővárosi Ítéltábla: Pf. 21.053/2016/5.

²⁹ BDT.2018.3847.

great media interest. In connection with the procedure, a website published an article titled that after 72 hours of detention he looked for a partner smiling on the internet. The article also stated that the plaintiff searched for partner on bisexual and gay sites. As a result of the article the public figure has received several abusive private messages on social media sites. During this proceeding the Budapest-Capital Regional Court of Appeal ruled, that the right to privacy can only be restricted for public actor legal bodies, thus in case of politicians, in case of powerful public interest, if the intervention is in connection with the public figure's public appearance, public life, public ideology and actions taken to form public life. This court decision interprets the meaning of public figure's privacy clearly.

Studying the ECHR and domestic case can lead to the conclusion that there is no contradiction between the two. However, the law on the protection of privacy may have significant impact on the development of judicial practice, consequently an in-depth investigation is justified.

3. Innovations of the Act LIII of 2018

The preamble of the act on the protection of privacy³⁰ declares that the right to privacy is indispensable for the fulfilment of human life since it delimits the untouchable realm of human personality. The law also states that the protection of privacy should extend to harassments both in the physical world and on the internet and the dignity of the individual and rights to private life should also be secured both in the real and online world. The regulation also declares that the right to privacy should also be respected during the free debating of public affairs; therefore, the free debating of the issues of public life should not result in impairing private and family life or one's home. Public figures are also entitled to the protection of private life and the tranquillity of home.

The law on the protection of privacy declares that everyone shall have the right to privacy and identifies it as a part of the right to the free development of one's own personality and clarifies the possibility of its restriction with rules set out in the Fundamental Law³¹. Then it names the "*sub-areas*" of the right to privacy, the protection of his family life³², the right to respect for family life³³ and the right to respect for communications. Of these, the respect for communications can be violated

³⁰ Act LIII of 2018.

³¹ Act LIII of 2018 2.§ (1)–(2).

³² Act LIII of 2018 9.§.

³³ Act LIII of 2018 10.§.

the easiest in the online space, in this respect the law on the right to privacy states that individuals should enjoy enhanced protection against all forms of harassment on the internet.

Regarding the legal consequences of the violation of the right to privacy the law on the protection of privacy and the Civil Code imposes the subjective and objective sanctions as in the event of personality right violations³⁴.

Often emerges the issue in relation with the new regulation that if no information concerning public figures' lives should be disclosed then they do not have to tolerate more than an "average" legal entity, despite the great public interest³⁵. The regulation, essentially, exclude the ECHR's interpretative principle's application, which states that in justifiable cases information about public figures' private life can be disclosed. A good example is *the case of Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*³⁶, which was brought before the ECHR, the court ruled that it was lawful to publish an article about Prince Albert's child born out of wedlock. The court argued that although, the birth is an intimate event, it does not exclusively belong to the private sphere of the people concerned, but also has a public dimension, as it involves an official statement(registry) and the establishment of the legal relationship between child and parent. Given the peculiar system of the Principality of Monaco, there was an undeniable public interest, at least amongst the subjects of the Principality, in the fact that Prince Albert, who at that time was known to be single and child free, has a son. This development would have had an impact on succession and the budget; by marriage, although it was unlikely, the issue of legitimacy could have risen. The article touched upon the issue of the consequences of succession, the Court argued that for an article to contribute the public discourse it does not necessarily have to discuss the matter in the entire article.

Still, under the current Hungarian law, such a decision would not be possible and would not be lawful to disclose information of the private lives of public figures. Nevertheless, it aids the court by giving possibility of a stricter interpretation of the question, when the violation of the right to images and sound recordings, the misuse of personal data or the breach of the right to human dignity are considered also as the violation of the right to privacy³⁷.

³⁴ Act LIII of 2018 12-14.§.

³⁵ Barzó Tímea: A közéleti szereplők és a magánélethez fűződő jog. <https://docplayer.hu/111512315-A-kozeleti-szereplok-es-a-maganelethez-fuzodo-jog-public-figures-and-the-right-to-privacy.html> (Retrieved: 11 January 2020).

³⁶ http://epa.oszk.hu/02300/02334/00070/pdf/EPA02334_fundamentum_2016_01_115-131.pdf.

³⁷ Barzó op.cit.

Overall, it can be concluded that the Act LIII of 2018 repeats and at some points supplements the provisions of the Fundamental Law, Civil Code and the Act on information self-determination and freedom of information. The interpretation of this legislation is the court's future duty.

CONCLUSIONS

All in all, it can be stated that the interpretation of public figures' right to privacy raises multiple question of legal interpretation and law application. As a matter of fact, we are dealing with two vaguely defined concept of law.

Hence, I find important the ideological review of the right to privacy and the notion of public figures. In this respect, I highlighted the difficulties of privacy's independent interpretation. Then, I emphasized my view that privacy is not a uniform notion concept but on that is made up of several part-eligibilities. I find justifiable to expand the circle of public figures.

I also found it important to introduce the domestic and ECHR case-law. I found it essential to present the novelties of the relating regulation. Its interpretation is the duty of the judicial practice, it is their responsibility to decide how wide they open the door for the intrusive curiosity.

SUMMARY

In the recent study, I have used several research methods. The main guidelines were analytical and descriptive methods. Through the ideological review I developed my own position on the nature of privacy. Later, by exploring the domestic and ECHR case I drew forward-looking conclusions. The study comprehensively examined the issue of public figures' privacy. In this respect I emphasized the law on the protection of privacy, which awaits judicial interpretation. To explore this, further research seems necessary.

REFERENCES

1. Peter BERTUS-BARCZA: Az első Kodak fényképezőgép. https://ng.hu/kultura/2006/09/04/az_első_kodak_fenykepezogep/.
2. SIMON Éva: Egy XIX. századi tanulmány margójára, 33-36. https://infonia.hu/digitalis_folyoirat/2005_2/2005_2_simon_eva.pdf.
3. Paul M. SCWARTZ – Karl Nikolaus PEIFER: Prosser's Privacy and the german right of personality: Are Four privacy torts better than one unitary concept?, in.: California Law Reviwev, 2010/6, 1937.
4. JÓRI András – Soós Andrea Klára: *Adatvédelmi jog, Magyar és európai szabályozás*, Budapest, 2016, 15–16.
5. FÉZER Tamás: A privátszféra polgári jogi védelmének alapkérdései, in.: Debreceni Jogi Műhely, 2014/1-2, 4.

6. Dorothy J. GLANCY: The invention of the right to privacy, in.: Arizona Law Review, 1979/1.sz., 25.

7. SZÉKELY Iván – SOMODY Bernadette – SZABÓ Máté Dániel: Biztonság és magánélet, Az alkumodell megkérdőjelezése és meghaladása, in.: Replika, 2017/3.sz., 15.

8. MÉSZÁROS János: Adatvédelem a XXI. században és az internet világában, PhD értekezés, Témavezető: Prof. Dr. Paczolay Péter, Szeged, 2017, 17.

9. SZABÓ Máté Dániel: *Kísérlet a privacy fogalmának meghatározására a magyar jogrendszer fogalmaival*, 45–50, http://epa.oszk.hu/01900/01963/00013/pdf/infotars2005_05_02_044054.pdf.

10. MAJTÉNYI László: Az információs szabadságjogok, adatvédelem és a közérdekű adatok nyilvánossága, CompLex Kiadó, Budapest, 2006, 46–55.

11. SZÉKELY László: A magánszféra védelme az Ombudsmani gyakorlatban, 181. http://www.eltereader.hu/media/2018/04/Gorog_Menyhard_Koltay_Szemelyiseg_READER.pdf.

12. MENYHÁRD Attila: A magánélethez való jog elméleti alapjai, in.: In Medias Res, 2014/2.sz., 55. http://www.eltereader.hu/media/2018/04/Gorog_Menyhard_Koltay_Szemelyiseg_READER.pdf.

13. SARKADY Ildikó: Aközszereplőkszemélyiségvédelmeabírógyakorlatban. http://www.mediakutato.hu/cikk/2006_03_osz/06_kozszereplok_szemelyisegve.

14. TATTAY Levente: A közszereplők magánjogi személyiségvédelme, Magyar Jog, 2006/4, 228–233.

15. BARZÓ Tímea: A közéleti szereplők és a magánélethez fűződő jog. <https://docplayer.hu/111512315-A-kozeleti-szereplok-es-a-maganelethez-fuzodo-jog-public-figures-and-the-right-to-privacy.html>.

Information about author:

Halász Csenge,

PhD Student

Ferenc Deák Doctoral School of Law

University of Miskolc, Hungary

A MESTERSÉGES INTELLIGENCIA ADATVÉDELMI VONATKOZÁSAI¹

Ibolya Stefán

BEVEZETÉS

Az utóbbi években jelentősen megugrott a mesterséges intelligenciával (a továbbiakban: MI)² kapcsolatos kutatások, tanulmányok száma. Az emberiség elért a technológiai fejlődés azon fokára, melyen szinte minden feltétel adott az MI „életre kelteséhez”³. Ez az új, izgalmas technológia ugyanakkor feltáratlan is egyben, hiszen számos információnak vagyunk a hiányában. A mindennapi életünket lassan teljesen átszövő létező sokak számára ismeretlen, ahogyan annak adatvédelmi vonatkozásai. Ugyanakkor az utóbbi témakör nem elhanyagolható, hiszen napjainkban számos okos eszköz vagy applikáció alkalmazza a technológia által vezérelt arcfelismerő szoftvereket, melyekről később szólunk.

Jelen tanulmányban röviden meghatározzuk a mesterséges intelligencia fogalmát, valamint leggyakrabban felhasználási területeit. Ezt követően kitérünk a mesterséges intelligencia adatvédelmi vonatkozásaira az érintettek helyzetét tekintve. Továbbá megvizsgáljuk azt is, hogy a technológia megjelenése a személyes adatok védelme kapcsán milyen változásokat hozhat az általános adatvédelmi rendelet,⁴ illetve az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló törvény⁵ szabályainak figyelembevételével. Végezetül pedig a feltárt adatvédelmi aggályok kapcsán ismertetünk néhány megoldási javaslatot.

¹ A kutatást az EFOP-3.6.2-16-2017-00007 azonosító számú, *Az intelligens, fenntartható és inkluzív társadalom fejlesztésének aspektusai: társadalmi, technológiai, innovációs hálózatok a foglalkoztatásban és a digitális gazdaságban* című projekt támogatta. A projekt az Európai Unió támogatásával, az Európai Szociális Alap és Magyarország költségvetése társfinanszírozásában valósul meg.

² A kifejezés angol megfelelője „artificial intelligence” (a továbbiakban: AI), a két kifejezés jelentéstartalma azonos, ezen oknál fogva a tanulmányban az „AI” rövidítést is alkalmazzuk, mint az „MI” idegen nyelvű megfelelőjét.

³ Jesus Rodriguez: About Google’s Self-Proclaimed Quantum Supremacy and its Impact on Artificial Intelligence. <https://towardsdatascience.com/about-googles-self-proclaimed-quantum-supremacy-and-its-impact-on-artificial-intelligence-63cb12d96527> (Letöltés ideje: 2020.02.09.)

⁴ Az Európai parlament és a Tanács (EU) 2016/679 Rendelete (2016. április 27.) a természetes személyeknek a személyes adatok kezelése tekintetében történő védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról, valamint a 95/46/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről (általános adatvédelmi rendelet). A kifejezés angol megfelelője: General Data Protection Regulation (a továbbiakban: GDPR).

⁵ 2011. évi CXII. törvény az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról (a továbbiakban: Infotv).

1. A mesterséges intelligencia fogalmának meghatározása és megjelenése a mindennapokban

1.1. A mesterséges intelligencia definiálására tett kísérlet

Az MI általános, egységes definíciójának meghatározása embert próbáló feladat, hiszen számos szerző eltérő nézőpont szerint szemléli a technológiát, így más-más szempontot tart fontosnak a definiálás során. Ennél fogva úgy véljük az a legcélravezetőbb, ha az Európai Unió által megalkotott fogalmat vesszük alapul. 2018-ban az Európai Bizottság kiadta a „*Mesterséges intelligencia Európa számára*” elnevezésű dokumentumot, melyben röviden az alábbiak szerint határozták meg az MI fogalmát: „*A mesterséges intelligencia intelligens viselkedésre utaló rendszereket takar, amelyek konkrét célok eléréséhez elemzik a környezetüket és – bizonyos mértékű autonómiával – intézkedéseket hajtanak végre*”⁶. Ezt követően az Európai Bizottság által kifejezetten a mesterséges intelligencia tanulmányozására létrehozott magasszintű, független szakértői testület cizellálta az entitásra vonatkozó meghatározást. „*Az új fogalom szerint a mesterséges intelligencia alapú rendszerek olyan ember által tervezett szoftverek (és lehetőség szerint hardveres alapú rendszerek), melyek adott; meghatározott komplex célok elérése érdekében cselekszenek a fizikai vagy digitális dimenzióban, és elemzik környezetüket adatgyűjtés; az összegyűjtött rendszerezett vagy rendszertelen adatok értelmezése; tudásalapú érvelés vagy az információfeldolgozás által, a származtatott adatokból a legjobb, legmegfelelőbb cselekvést valósítják meg a meghatározott cél elérése érdekében.*”⁷ Ugyanakkor a fogalommal kapcsolandó kiemelendő, hogy

⁶ „*Artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals*”.

Mesterséges intelligencia Európa számára – A Bizottság közleménye az Európai Parlamentnek, az Európai Tanácsnak, a Tanácsnak, az Európai Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának. COM(2018) 237 final/2 (a továbbiakban: COM(2018) 237 final/2). Brüsszel, 2018. 06. 26, 1: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/HU/COM-2018-237-F2-HU-MAIN-PART-1.PDF> (Letöltés ideje: 2020.02.09).

⁷ „*Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions*”.

Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines. Brussels, 2019.04.08.

Stefán Ibolya: A mesterséges intelligencia fogalmának polgári jogi értelmezése. Pro Futuro, 2020/1. szám (megjelenés alatt) (A magyar nyelvű meghatározás a szerző saját fordítása).

az „nem kőbe vésett”, hiszen a technológia változásával a definíció maga is módosuláson eshet át a későbbiekben.

Az AI kapcsán fontos szólnunk arról, hogy a mesterséges intelligenciára elsősorban, mint szoftverre gondolunk. A technológia nem összekeverendő a fejlett robotokkal vagy önvezető autókkal, melyek akár MI-vel is működtethetők.

1.2. Az MI megjelenése napjainkban és a technológiával kapcsolatos adatvédelmi aggályok

Ahogy arra már a *Bevezetésben* utaltunk az AI észrevétlenül ugyan, de mindennapjaink szerves részét képezi. Sokan bizonyára elgondolkodnak azon, ez mégis hogyan valósulhat meg, hiszen nem látjuk folyamatosan a mesterséges intelligenciát. Sőt, a nevezett technológia leggyakrabban a szórakoztató irodalomban vagy filmekben jelenik meg. Közismert, hogy az MI legszorosabban a számítástechnikához kapcsolódik. Az AI-val közelebbi kapcsolatba a technológiai eszközök – úgy, mint az *okostelefonok*⁸, *számítógépek* – útján kerülhetünk.

A továbbiakban a nevezett technológia néhány gyakori megjelenési formáját, kívánjuk ismertetni, melyek a téma szempontjából relevanciával bírnak:

1. *Elektronikus levelezés:* A mai felgyorsult világban szinte mindenkinek van elektronikus levelezési címe. Eme alternatíva segítségével a különböző levelek, üzenetek gyorsabban érkeznek meg a címzetthez, mint a klasszikus postai kézbesítés esetében. Ezen oknál fogva a magánszemélyeken túl az üzleti szférában és az állami közegben is igen kedvelt levelezési forma, melyhez kapcsolódóan az MI számos hasznos feladatot lát el úgy, mint a kénytelen elektronikus levelek kiszűrése,⁹ a nyelvhelyesség ellenőrzése vagy a levélírás automatizálása¹⁰.

⁸ Az okostelefon fogalma nem egyértelműen meghatározott. Az Encyclopedia Britannica meghatározása szerint az eszközök olyan „számítógépes kijelzővel ellátott, beépített személyes információkezeléssel kapcsolatos programokkal rendelkező mobiltelefonok, melyekben jellemzően megtalálható egy személyes digitális asszisztens és egy operációs rendszer, ami lehetővé teszi más számítógépes szoftverek telepítését – internetes böngészéshez, e-mailekkel; zenével; videókkal kapcsolatos vagy egyéb alkalmazásokhoz. Az okostelefon úgy tekinthető, mint egy mobiltelefonba integrált kézi számítógépet”.

Hosch, William L.: Smartphone. Britannica Encyclopedia: <https://www.britannica.com/technology/smartphone> (Letöltés ideje: 2020.02.12).

⁹ Vincent, James: Gmail is now blocking 100 million extra spam messages every day with AI.: <https://www.theverge.com/2019/2/6/18213453/gmail-tensorflow-machine-learning-spam-100-million> (Letöltés ideje: 2020.02.22).

¹⁰ Thubron, Rob: New AI-powered Gmail feature can write emails for you.: <https://www.techspot.com/news/74533-new-ai-powered-gmail-feature-can-write-emails.html#commentsOffset> (Letöltés ideje: 2020.02.22).

2. *Digitális személyi asszisztensek*: A legismertebb személyi asszisztensek az Amazon által fogalmazott Alexa, az Apple által létrehozott Siri, illetve a Google Asszisztens. A hangvezérléssel irányítható eszközök közös pontja a mesterséges intelligencia általi működés¹¹. A készülékek felhasználási lehetőségei meglehetősen széles skálán mozognak, hiszen összekapcsolhatóak különböző okos eszközökkel úgy, mint okosóra, aktivitásmérő, okos televízió, okos hangfal, s a sor továbbfolytatható különböző háztartási eszközökkel. Lényegük abba áll, hogy a felhasználó által szóban elmondott feladatokat végrehajtják, így például válaszolnak a feltett kérdésre, lejátszanak egy meghatározott dalt vagy lekapcsolják a villanyt¹². Sőt egyes eszközök esetében még az érzelmek feltárására, az érzelmi állapot elemzésére is lehetőség van, melyhez a felhasználó mondatainak vizsgálatával jutnak hozzá¹³.

3. *Azonosítás*: Az MI felhasználása ezen a területen a legjelentősebb. Mi sem mutatja ezt jobban, mint az az előrejelzés, ami szerint a technológia piaca 2016-ban 16 milliárd dollár volt, ám ez az összeg 2020-re várhatóan 38,9 milliárd dollár lesz, ezzel 19,5%-os növekedést produkálva¹⁴. A kategórián belül megkülönböztethetjük az arcfelismerő rendszereket, a tárgyak felismerését – az említett két esetet nevezhetjük képfelismerésnek is –, illetve a hangalapú azonosítást. Mindhárom azonosítási forma ugyanazon a technológián alapszik, ám mi mégis az arcfelismerést kívánjuk ismertetni, mivel a téma kapcsán ennek van igazán jelentősége. A folyamat lényegében úgy történik, hogy egy adott képet – egy személy arcképét – összevetik mások, egy meghatározott adatbázisban szereplő arcképével. A technológia megjelenik például a Windows Azure¹⁵ vagy a Windows Hello programban, utóbbi arcfelismerés – biometrikus azonosítás – alkalmazásával teszi lehetővé a bejelentkezést¹⁶.

¹¹ TOP Intelligens asszisztensek: <https://www.aican.hu/blog/2018/06/29/top-intelligens-asszisztensek/> (Letöltés ideje: 2020.02.22).

¹² <https://www.apple.com/siri/> (Letöltés ideje: 2020.02.20).

¹³ Furey, Eoghan – Blue, Juanita: Alexa, Emotions, Privacy and GDPR. Proceedings of the 32nd International BCS Human Computer Interaction Conference, 2018 July, 2: https://www.scienceopen.com/document_file/0ecd5de8-97ee-43ef-a292-c957af52076a/ScienceOpen/BHCI-2018_Furey.pdf (Letöltés ideje: 2020.02.20).

¹⁴ Image Recognition Market by Technology (Digital Image Processing), Component (Hardware, Software, Service), Application (Augmented Reality), Deployment Type (On-Premises, Cloud), Industry Vertical, and Region – Global Forecast to 2021: <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/image-recognition-market-222404611.html> (Letöltés ideje: 2020.02.23).

¹⁵ <https://azure.microsoft.com/hu-hu/services/cognitive-services/face/#demo> (Letöltés ideje: 2020.02.23).

¹⁶ <https://www.microsoft.com/en-ie/windows/windows-hello> (Letöltés ideje: 2020.02.23).

A mesterséges intelligenciával kapcsolatos adatvédelmi probléma meglehetősen összetett. A probléma egyrészt a *technológia természetéből fakad*, hiszen működéséhez igen nagy mennyiségű adat szükséges, melyek később feldolgozásra, elemzésre és tárolásra kerülnek, melyek utóbb bármikor hozzáférhetőek. Ezekhez a tevékenységekhez minél több és jobb minőségű adatra van szüksége a technológiának, melyeken keresztül tanítja, fejleszti magát. Másrészt, az érintett adatok kapcsán aggályokat vet fel, hogy *nem egyértelműen meghatározott adatok köréről* vagy „általános” *adatokról van szó*, hanem legtöbb esetben olyan személyes adatokról, melyek érzékeny adatnak minősülnek, mint például a felhasználók egészségügyi vagy biometrikus adatai. A nevezett adatokhoz való hozzáférést lényegében maguk a felhasználók adják meg azzal, hogy használják az eszközöket, ám ennek nincsenek tudatában.

2. Az általános adatvédelmi szabályozás alapja

2.1. Az adatvédelmi szabályozás története

Majtényi László az adatvédelmi szabályozás *három generációját* különbözteti meg¹⁷. A továbbiakban az ő felfogása szerint vizsgáljuk az adatvédelmi szabályozás egyes generációit.

Az első generációs adatvédelmi szabályozás az 1960-as, 1970-es évekre tehető. A korszakban megjelentek az elektronikus alapú állami nyilvántartások, melyek lehetővé tették a nagyobb mennyiségű adat kezelését, s a nyilvántartásokban történő gyorsabb keresést. Továbbá ebben az időszakban került sor Európában az első adatvédelmi törvény elfogadására is. Az adatvédelmi tárgyú jogszabályok címzettje az állam volt, mivel lényegében – a nyilvántartások miatt – ő volt az egyetlen adatkezelő. A korabeli joganyagok célja egyrészt a megjelent új technológia szabályozása, másrészt az adatkezelés átláthatóságának megteremtése volt. Az adatalanyok jogai tekintetében kiemelendő, hogy pusztán részjogosítványokkal rendelkeztek, mint például a helyesbítéshez való jog.

A második generációs szabályozás vonatkozásában lényeges változást hoztak az 1980-as években megjelenő számítógépek, majd az 1990-es években megjelenő internet. Az egyre növekvő adatmennyiség miatt az üzleti szférában is megjelentek adatkezelők, így az adatvédelmi szabályozás hatályát ezen szereplőkre is kiterjesztették. A megjelölt időszakban a nemzetközi adattovábbítás kapcsán számos probléma merült fel, melyekre

¹⁷ Majtényi László: Az információs szabadságok – Adatvédelem és közérdekű adatok nyilvánossága. Complex Kiadó, Budapest, 2006, 94.

a jogalkotók igyekeztek megoldást találni. Ennek eredményeként 1981-ben megszületett a 108. Egyezmény, majd pedig 1995-ben az Európai Unió adatvédelmi irányelve.

Jelenleg a *harmadik generációs szabályozás* korát éljük. Az elmúlt 15–20 évben olyan jelentős technológiai változások mentek végbe, melyek miatt az 1990-es évek közepén, végén kialakított szabályozás folyamatos revíziója szükséges¹⁸. Jelen időszakra jellemző, hogy az egyének sokkal tudatosabbak az adatkezelést illetően, s megjelent részükről az igény a személyes adatok magas szintű védelmére, mivel adataik révén nem akarnak kiszolgáltatottá válni.

2.2. Az adatvédelem alkotmányos alapja és megjelenése egyes nemzetközi dokumentumokban

Az adatvédelem definiálása meglehetősen nehézkes, hiszen számos szerző eltérő álláspontot képvisel, más-más elemet hangsúlyoz a fogalomban. Ennélfogva annak általános definícióját legegyszerűbben a hazai szerző, *Majtényi László* fogalmazza meg az alábbiak szerint: „Az adatvédelem a személy, az ember, más szóval: az adatalany védelmét, nem pedig magának az adatnak a védelmét jelenti”¹⁹.

Az állam bizonyos feladatainak ellátása érdekében – pl. adózás – évszázadok óta nyilvántartást vezet. A modern állam egyre növekvő teendőinek eredményeként egyre több adat nyilvántartása; kezelése vált szükségessé, melyben az idővel megjelenő számítástechnika nagy segítséget nyújtott. Mindezek eredményeként megjelent az adatvédelem; a személyes adatok védelméhez való jog, mint alkotmányos alapjog. A nevezett alapjog a harmadik generációs jogok csoportjába tartozik, mely létrejöttét lényegében az utóbbi évtizedek technológiai fejlődésnek köszönheti²⁰. Mivel azonban a személyes adatok védelméhez való jog szoros kapcsolatban áll a magán- és család élet tiszteletben tartásához való joggal, s a magánszféra védelmének egyaránt eszköze, ezért a személyi szabadságjogok körébe is tartozik²¹.

¹⁸ Szöke Gergely László: Az adatvédelem szabályozásának történeti áttekintése. Infokommunikáció és jog, 2013/ 3. szám, 108–111: https://infojog.hu/wp-content/uploads/pdf/201356_SzokeGergelyLaszlo.pdf (Letöltés ideje: 2020.01.13).

¹⁹ Majtényi László: Adatvédelem, információszabadság, sajtó. Alkotmány- és Jogpolitikai Intézet, Budapest, 1997, 6.

²⁰ Sári János – Somody Bernadett: Alapjogok – Alkotmánytan II. (Negyedik, átdolgozott kiadás) Osiris Kiadó, Budapest, 2008, 133.

²¹ Balogh Zsolt – Gárdos-Orosz Fruzsina: A személyes adatok védelme és az információs önrendelkezési jog. In.: Halász Iván (szerk.): *Studia Universitatis Communia: Alkotmányjog. Dialóg Kampusz Kiadó, Budapest, 2018, 270.*

Az Alaptörvény szerint: „Mindenkinek joga van személyes adatai védelméhez, valamint a közérdekű adatok megismeréséhez és terjesztéséhez”²². Az alapjog érvényesülése és garanciális védelme érdekében az Alaptörvény kimondja, hogy azt „sarkalatos törvénnyel létrehozott, független hatóság ellenőrzi”²³, ez hazánkban a Nemzeti Adatvédelmi és Információs szabadság Hatóság. Az Alaptörvény 2012. január 1-jén történő hatályba lépését megelőzően, Magyarország Alkotmánya is biztosította a személyes adatok védelméhez való jogot²⁴. Továbbá kimondta, hogy „A személyes adatok védelméről szóló törvény elfogadásához a jelenlévő országgyűlési képviselők kétharmadának szavazata szükséges”²⁵, így az alapjog a lehető legteljesebb védelemben részesült.

Az Alaptörvényben, illetve azt megelőzően az Alkotmányban a személyes adatok védelméhez való jog *expressis verbis* jelenet meg, ám az Alkotmánybíróság által hozott határozatok alapján az információs önrendelkezési jognak is kiemelkedő szerepe van. A 15/1991 (IV.13) AB határozatában „Az Alkotmánybíróság – a 20/1990. AB határozat szerinti eddigi gyakorlatát folytatva a személyes adatok védelméhez való jogot nem hagyományos védelmi jogként értelmezi, hanem annak aktív oldalát is figyelembe véve, információs önrendelkezési jogként”²⁶. Ennek eredményeként a személyes adatok védelme nem pusztán az egyén, s adatainak védelmét jelenti, hanem azt is, hogy adatainak sorsáról ő maga dönthet. Továbbá a személyi szám alkotmányellenességéről szóló 15/1991 (IV.13) AB határozatában a „testület egyrészt állást foglalt a személyi szám mint korlátozás nélkül használható, általános és egységes személyazonosító jel alkotmányellenességéről, másrészt – a határozat indokolásában megalapozta a későbbi adatvédelmi törvény koncepcióját”²⁷.

A személyes adatok védelméhez való jog kapcsán szólni kell néhány szót az alapjog megjelenéséről is az egyes nemzetközi dokumentumokban. A korábbi emberi jogi dokumentumokban adatvédelemről nem esett szó, ami érthető is, hiszen az alapjog csak az utóbbi évtizedekben jelent meg. Ugyanakkor kiemelendő az Emberi Jogok Európai Egyezménye, mely

²² Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25.), VI. cikk (3) bekezdés,

²³ Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25.), VI. cikk (4) bekezdés,

²⁴ 1949. évi XX. törvény A Magyar Köztársaság Alkotmánya, 59. § (1) „A Magyar Köztársaságban mindenkit megillet a jóhírnévhez, a magánlakás sérthetlenségéhez, valamint a magántitok és a személyes adatok védelméhez való jog”.

²⁵ 1949. évi XX. törvény A Magyar Köztársaság Alkotmánya, 59. § (2).

²⁶ 15/1991. (IV. 13.) AB határozat: <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1CE263A376458F27C1258382003C412C?OpenDocument> (Letöltés ideje: 2020.01.12).

²⁷ Sári – Somody: i. m., 134.

ugyan nem tartalmazza a személyes adatok védelméhez való jogot, ám annak 8. cikke – a magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jogról – adatvédelmi szempontból meghatározó, hiszen az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága számos adatvédelmi határozatában hivatkozott az említett cikkekre. Végül az Európa Tanács 1981-ben kidolgozta az *egyének védelméről a személyes adatok gépi feldolgozása során elnevezésű 108. Egyezményt*, mely mind a magánszektor, mind az állami szektor által végzett adatkezelésre vonatkozik. Ennek kapcsán fontos megjegyeznünk, hogy az Egyezmény rendelkezései csak az azt megerősítő államok vonatkozásában bírnak kötelező erővel, s azon országok számára is biztosított az Egyezményhez való csatlakozás lehetősége, amelyek nem tagjai az Európa Tanácsnak²⁸.

A személyes adatok védelméhez való jog kifejezetten pusztán az Európai Unió Alapjogi Chartájában²⁹ jelenik meg, az alábbiak szerint: „*Mindenkinek joga van a rá vonatkozó személyes adatok védelméhez. Az ilyen adatokat csak tisztességesen és jóhiszeműen, meghatározott célokra, az érintett személy hozzájárulása alapján vagy valamilyen más, a törvényben rögzített jogos okból lehet kezelni. Mindenkinek joga van ahhoz, hogy a róla gyűjtött adatokat megismerje, és joga van azokat kijavíttatni*”³⁰.

3. A mesterséges intelligencia adatvédelmi vonatkozásai

3.1. A mesterséges intelligencia hatása a személyes adat fogalmára

Az adatvédelmi alapok részletes ismertetését követően áttérünk a technológia adatvédelmi vonatkozásaira. Fontos megjegyeznünk, hogy az adatvédelmi kérdések kapcsán az általános adatvédelmi rendelet és az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló törvény szabályanyagát együttesen vesszük figyelembe. A technológia alkalmazása során – természetéből fakadóan – igen nagy mennyiségű adatot gyűjt, dolgoz fel és kezel. Sőt még olyan adatokat is gyűjt, melyekre nem is gondolnánk. Ennek eredményeként arra a következtetésre jutottunk, hogy a személyes adatok köre az MI elterjedésével bővülni fog és olyan információk is relevánssá válnak, melyeknek korábban nem

²⁸ Európai adatvédelmi jogi kézikönyv (2018. évi kiadás). Kiadja az Európai Unió Alapjogi Ügynöksége és az Európa Tanács, 2019.

²⁹ 1981 után jóval később, 2000-ben került aláírásra az Európai Unió Alapjogi Chartája, mely az uniós tagállamok vonatkozásában kötelező erővel bír.

Lásd: Varga Zsófia: Az Alapjogi Charta alkalmazási köre I. Európai Jog 2013/5., 17-29.: <https://europaialkotmanyjog.eu/?p=820> (2020.03.02).

³⁰ Európai Unió Alapjogi Chartája 8. cikk (1) – (2) bekezdés: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=HU> (Letöltés ideje: 2020.01.12).

tulajdonítottunk jelentőséget. Ennélfogva, akár az érzelemre vonatkozó információ is lehet személyes adat³¹, mivel ezek az információk az adott személytől elválaszthatatlanok, akárcsak a politikai nézetre vagy vallási hovatartozásra vonatkozó információk. Állításunkat alátámasztja az Andrew McStay egyik tanulmányában ismertetett eset, mely szerint egy cég fel akarta mérni, vásárlói, hogyan reagálnak érzelmileg egy reklámra. Ennek érdekében a vállalat létrehozott egy fiktív márkát, ami kávé értékesítéssel foglalkozott. A reklám lejátszását követően rejtett kamerákkal figyelték meg a vásárlói reakciókat, s az arckifejezések elemzéséből következtettek az érzelmekre³². Az így megszerzett adatok elemzését követően, akár az egyének manipulációjára is sor kerülhet a feltárt preferenciák tükrében.

A személyes adat fogalmát tekintve megállapíthatjuk, hogy a hazai szabályozás meglehetősen röviden határozza meg a fogalmat, az alábbiak szerint: „*az érintettre vonatkozó bármely információ*”³³. Ezzel szemben az általános adatvédelmi rendelet jobban cizellálja a fogalmat³⁴, ám a tartalmát tekintve elmondható, hogy a két fogalom azonos. A két szabályanyag ezt követően áttér az ún. szenzitív – érzékeny – adatok fogalmának meghatározására, teszi ezt azonos tartalommal és kifejezések használatával. Ennek keretében meghatározza a genetikai, biometrikus és egészségügyi fogalmát³⁵. Az említett fogalmakat vizsgálva láthatjuk, hogy az érzelem

³¹ A szakirodalomban megjelenő álláspont kapcsán, lásd:

Sedenberg, Elaine – Chuang, John: Smile for the Camera: Privacy and Policy Implications of Emotion AI

McStay, Andrew: Emphatic media and advertising: Industry, policy, legal and citizen perspectives (the case for intimacy). Big Data and Society, 2016 July – December.

³² McStay, Andrew: Emphatic media and advertising: Industry, policy, legal and citizen perspectives (the case for intimacy). Big Data and Society, 2016 July – December., 3.

³³ Infotv. 3. § 2. pont.

³⁴ GDPR. 4. cikk 1. pont: „személyes adat”: azonosított vagy azonosítható természetes személyre („érintett”) vonatkozó bármely információ; azonosítható az a természetes személy, aki közvetlen vagy közvetett módon, különösen valamely azonosító, például név, szám, helymeghatározó adat, online azonosító vagy a természetes személy testi, fiziológiai, genetikai, szellemi, gazdasági, kulturális vagy szociális azonosságára vonatkozó egy vagy több tényező alapján azonosítható.

³⁵ Infotv. 3. § 3a. – 3c., GDPR. 4. cikk 13. – 15. pont

genetikai adat: egy természetes személy örökölt vagy szerzett genetikai jellemzőire vonatkozó minden olyan személyes adat, amely az adott személy fiziológiájára vagy egészségi állapotára vonatkozó egyedi információt hordoz, és amely elsősorban az adott természetes személyből vett biológiai minta elemzéséből ered;

biometrikus adat: egy természetes személy fizikai, fiziológiai vagy viselkedési jellemzőire vonatkozó olyan, sajátos technikai eljárásokkal nyert személyes adat, amely lehetővé teszi vagy megerősíti a természetes személy egyedi azonosítását, mint például az arckép vagy a daktiloszkópiai adat;

egészségügyi adat: egy természetes személy testi vagy szellemi egészségi állapotára vonatkozó személyes adat, ideértve a természetes személy számára nyújtott egészségügyi szolgáltatásokra vonatkozó olyan adatot is, amely információt hordoz a természetes személy egészségi állapotáról.

kifejezés egyik meghatározásban sem jelenik meg. Abban az esetben, ha mégis szeretnénk az érzelmekre vonatkozó információkat valamelyik adat kategóriájába sorolni, a biometrikus adatok köre lenne a legmegfelelőbb, mivel a technológia az érzelmekre vonatkozó információkhoz leginkább az arc egészének, egyes részeinek, a hanglejtés vagy a szívverés elemzésével juthat hozzá³⁶. Az érzelmekre vonatkozó információk kategorizálásával kapcsolatban, a szakirodalomban fellelhető olyan álláspont is, ami szerint a nevezett adatoknak, a személyes adatok új kategóriáját kellene képeznie³⁷. Ezzel szemben úgy véljük, hogy az említett kérdéskörrel kapcsolatban esetlegesen felmerülő problémák a hatályos szabályok szerint is megoldhatóak.

A szabályozás kapcsán meg kell jegyeznünk, hogy a GDPR főszabály szerint tiltja a különleges kategóriába – biometrikus, egészségügyi és genetikai adatok – tartozó személyes adatok kezelését, ám ez alól kivételek is ismertek, mint például az adat, érintett általi nyilvánosságra hozatala vagy a hozzájárulás megadása³⁸. A mesterséges intelligencia alkalmazása kapcsán a hozzájárulás megadása kérdéseket vethet fel hiszen, a hozzájárulás előtt szükséges az érintett megfelelő tájékoztatása, ám ez a technológia komplexitása miatt problémákat vethet fel, erre a következő alfejezetekben részletesen kitérünk.

3.2. Az adatkezelés alapelvei

Az adatvédelem érvényesülése szempontjából kiemelten fontosak az *adatkezelés alapelvei*. Az adatkezelés alapelvei lényegében garanciát nyújtanak, biztonságot jelentenek az érintetteknek, adatalanyoknak. Ezen oknál fogva fontos annak vizsgálata, hogy a mesterséges intelligencia kapcsán ezek az alapelvek hogyan érvényesülhetnek.

1. A célhoz kötöttség elve: értelmében az adatkezelés meghatározott, s jogszerű célból történhet, melynek az adatkezelés minden egyes szakaszában érvényesülnie kell³⁹. Utóbbi kapcsán fontos megjegyeznünk, hogy az adatkezelő saját belső szervezetén belüli adatkezelése

³⁶ Kiemelendő, hogy az adatvédelmi biztos gyakorlata szerint, már 2000-es évek elejétől személyes adatnak minősülnek „*a biometrikus azonosítók, vagyis mérhető testi jellemzők, így az ujjlenyomat, a retina és az írisz képe, a kéz geometriája, a hang és az arc jellemzői*”.

Jóri András – Soós Andrea Klára – Bártfai Zsolt – Hári Anita: A GDPR magyarázata. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2018, 76.

³⁷ McStay, Andrew: i. m., 6.

³⁸ GDPR. 9. cikk (1) – (2).

³⁹ A célhoz kötöttség elve megjelenik a 15/1991. (IV. 13.) AB határozatban, illetve a 65/2002. (XII. 3.) AB határozatban is.

vonatkozásában is érvényesülnie kell. Továbbá az alapelvnek az önként nyilvánosságra hozott adatok és a hozzájáruláson alapuló adatkezelés esetén is érvényre kell jutnia. A célhoz kötöttség elve olyan fontos adatvédelmi, adatkezelési alapelv, hogy a cél megváltozása esetén új adatkezelésre kerül sor. Ugyanakkor az adatvédelmi biztos gyakorlatában fellelhetőek olyan esetek – például az üdülő és adóhatóság közötti adatszolgáltatás – mikor jogszerűnek minősült az adatkezelés akkor is, ha az, az eredeti céltól eltért ugyan, de azzal összeegyeztethető volt⁴⁰.

2. *A tisztességes és törvényes adatkezelés*: alapján az adatkezelésnek jogszerűnek és lényegében az érintettek számára is átláthatónak kell lenni. Ez utóbbi kapcsán felmerül a kérdés, hogy az adatkezelés során történő MI alkalmazása esetén, eme követelménynek hogyan fognak eleget tenni, hiszen maga a technológia is meglehetősen bonyolult⁴¹ és a szakértők számára is számos ismeretlen komponenst tartalmaz, így produkálhat olyan eseteket, amelyekre korábban nem volt példa. Ez történt a Facebook chatbotok alkalmazása esetén is, mikor azok feladatvégzés közben az előre meghatározott angol nyelvről saját maguk által létrehozott nyelvre tértek át egymás közötti kommunikációjuk megkönnyítése érdekében, azonban ezt a nyelvet kutatók nem ismerték⁴². Ennélfogva, még inkább fontossá válik az etikusság, átláthatóság.

Továbbá a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság gyakorlatából kitűnik, hogy igyekeznek az alapelven keresztül a magánszféra védelmére is értelmezni a hatáskörüket, ez történt a termékbemutatók kapcsán⁴³. *„Tisztességtelen, az érintett személyes adatai védelméhez, illetve magánszférájához való jogát sértő módszer, ha termékbemutatót szervező, terméket ily módon értékesítő cégek az adatkezelés Infotv.-ben megjelölt körülményeiről valótlan, félrevezető tájékoztatást adnak annak érdekében, hogy a „tisztes hasznon” túl minél nagyobb profitra tegyenek szert, és így üzleti céljuk elérése érdekében az érintettek információs önrendelkezési*

⁴⁰ Jóri András – Soós Andrea Klára: Adatvédelmi jog – Magyar és európai szabályozás. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2016, 142–149.

⁴¹ Többek között idetartozik az ún. mélytanulási – deep learning – folyamata és az ún. fekete doboz – black box –, többek között az említett kérdéskörökkel foglalkozik Stuart Russel és Peter Norvig, a „Mesterséges intelligencia – Modern megközelítésben” című műben.

Lásd: Russell, Stuart J. – Norvig, Peter: Mesterséges intelligencia – Modern megközelítésben. (második, átdolgozott, bővített kiadás). Panem Könyvkiadó, Budapest, 2005.

⁴² Clark, Bryan: Facebook’s AI accidentally created its own language.: <https://www.businessinsider.com/facebook-chat-bots-created-their-own-language-2017-6> (Letöltés ideje: 2020. 02. 26.)

⁴³ Jóri – Soós: i. m., 154–155.

jogának gyakorlását korlátozzák”⁴⁴. A magánszféra védelme az AI kapcsán is fontos feladata, hiszen ahogyan arra már korábban utaltunk meglehetősen nagy mennyiségű adatot gyűjt és dolgoz fel. A magánszféra védelmének szükségességét jól szemlélteti az Amazon Alexa példája. Az incidens Németországban és az Egyesült Államokban is nagy visszhangot váltott ki, hiszen az eszköz világszerte számos háztartásban fellelhető. A nevezett esetben Amazon intelligens asszisztense Alexa felvette egy amerikai felhasználó beszélgetését, és azokat – szám szerint 1700 hangfelvételt – egy német felhasználónak továbbította. A problémára akkor derült fény, mikor a német felhasználó saját hangfelvételeit hallgatta vissza, idővel rájött, hogy a felvételek más felhasználóhoz tartoznak⁴⁵.

3. *Az adattakarékosság, adatminimalizálás elve*: az alapelv lényege, hogy az adatok kezelése a cél eléréséhez szükséges adatok körét érintően, csak a szükséges időtartamra és cselekményre korlátozódjon. Ennek kapcsán említésre méltó, hogy abban az esetben, ha az adatkezelő több azonos költségű eljárás közül választhat, amellyel a kívánt cél elérhető, akkor azt kell választania, ami az adatminimalizálás elvét a leginkább szolgálja, tehát kevesebb személyes adatot érint. Továbbá fontos, hogy az említett adattakarékosságnak a hozzájáruláson alapuló adatkezelés esetén is érvényesülnie kell⁴⁶.

4. *A pontosság és korlátozott tárolhatóság elve*: értelmében az adatoknak adatkezelés során pontosnak, teljesnek, s naprésznek kell lennie. A korlátozott tárolhatóság célja, hogy csak szükséges ideig tárolják az adatokat, s az adatalany is meghatározott ideig legyen beazonosítható⁴⁷. Ahogyan arról már korábban szóltunk az MI ember számára szinte felfoghatatlan mennyiségű adattal és rengeteg adatbázissal dolgozik. Ezen túlmenően az adatokat tárolja, elemzi saját tanulása, fejlesztése érdekében. Ennélfogva felmerül a kérdés mégis, hogyan feleltethető meg ez a technológia az adattakarékosság és a korlátozott tárolhatóság elvének.

Érdeemes néhány szót szólni az *integritás és bizalmi jelleg elvéről*, ami nem található meg az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló törvényben, ám azt a GDPR tartalmazza.

⁴⁴ A Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság jelentése a termékbemutatók adatvédelmi követelményeiről, 2015. március 4: <https://www.naih.hu/files/adatved-jelentes-termekbem.pdf> (Letöltés ideje: 2020.01.16).

⁴⁵ Statt, Nick: Amazon sent 1,700 Alexa voice recordings to the wrong user following data request.: <https://www.theverge.com/2018/12/20/18150531/amazon-alexa-voice-recordings-wrong-user-gdpr-privacy-ai> (Letöltés ideje: 2020.02.26).

⁴⁶ Jóri – Soós: i. m., 157–163.

⁴⁷ Infotv. 4. § (4) bekezdés.

Az alapelve lényege, hogy a személyes adatok kezelése során az adatok biztonsága biztosítva legyen különböző technikai, szervezési intézkedések által. Az adatbiztonsági intézkedések pedig lényegében az adatvédelem követelményét – az adatok védelmét – biztosítják. Ezzel kapcsolatot kívánnak teremteni az adatvédelem és az adatbiztonság között⁴⁸. Az alapelv kiemelkedő jelentőséggel bír az MI kapcsán, hiszen a megszerzett adatok igen sokfélék lehet, nem ritkán genetikai vagy biometrikus adatok kezelésére is sor kerülhet, éppen ezért fontos a technológia specifikus biztonsági intézkedések megtétele.

3.3. Az érintettek jogai

Az érintettek jogaival kapcsolatos számos rendelkezés közül csak a legáltalánosabbakat kívánjuk kiemelni, az egyéb szabályokkal nem kívánunk részletesen foglalkozni. Az érintettek jogainak érvényesülése igen fontos a mesterséges intelligencia alkalmazása során, a visszaélések elkerülése érdekében.

1. *Előzetes tájékoztatáshoz való jog: melynek értelmében az érintett jogosult arra, hogy tájékoztatást kapjon az adatkezelés megkezdése előtt*⁴⁹. Az adatkezelő, illetve adatfeldolgozó a nevezett jog érvényesülése érdekében az adatkezelés megkezdése előtt vagy azt követően haladéktalanul tájékoztatni köteles az érintettet többek között az adatkezelés céljáról, jogalapjáról és a személyes adatok forrásáról⁵⁰. A Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatósága 2015. október 9-én ajánlást bocsátott ki az előzetes tájékoztatás követelményeiről, ami az érintettek jogaival kapcsolatos hatósági elvárásokat tartalmazza. Továbbá az Alkotmánybíróság gyakorlatára tekintettel a tájékoztatás kapcsán a közérthetőséget is megköveteli. „Az Alkotmánybíróság állandó gyakorlata alapján Magyarország Alaptörvénye VI. cikk (2) bekezdésében rögzített személyes adatok védelméhez való jog egyik legfontosabb alkotmányos követelménye az, hogy »mindenki számára követhetővé és ellenőrizhetővé kell tenni az adatkezelés egész útját, vagyis mindenkinek joga van tudni, ki, hol, mikor, milyen célra használja fel az ő személyes adatait.« Ezen alkotmányos követelmény az adatkezelés megkezdése előtt az előzetes tájékoztatáson keresztül érvényesülhet”⁵¹. Az ajánlás által felhívott

⁴⁸ Jóri – Soós – Bártfai – Hári: i. m., 216.

⁴⁹ Infotv. 14. § a) pontja.

⁵⁰ Infotv. 16. § (1) – (2) bekezdés.

⁵¹ A Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság ajánlása az előzetes tájékoztatás adatvédelmi követelményeiről: <https://www.naih.hu/files/tajekoztato-ajanlas-v-2015-10-09.pdf> (Letöltés ideje: 2020.01.21).

törvényhely szövegezése módosításra került, így az idézett rész kikerült az Alaptörvényből, ám a továbbiakban is az ajánlásban megfogalmazottakra tekintettel kell eljárni. A tájékoztatáshoz való jog és a már korábban említett átláthatóság alapelve ugyanazt a problémát veti fel, nevezetesen azt, hogyan lehet az alapelv és az alapjog érvényesülését biztosítani a laikus felhasználók számára – akik nem rendelkeznek komoly számítástechnikai, programozási ismeretekkel – úgy, hogy a meglehetősen bonyolult folyamatokat megértsék, s a jövőre nézve megfontolt döntéseket tudjanak hozni a technológia igénybevétele kapcsán.

2. *Hozzáféréshez való jog: alapján az érintett kérelmére bármely az adatkezeléssel összefüggő információt tudomására kell hozni.* A 2018-as módosítást megelőzően lényegében az „*utólagos felvilágosításkérés jogaként*” jelent meg az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló törvényben. A hozzáféréshez való jog az adatkezelés jogszerűségének ellenőrzését és az átláthatóságot hivatott szolgálni⁵². A nevezett jog érvényesülése az AI kapcsán sem elhanyagolható a korábban már említett széleskörű adatkezelés miatt.

3. *Helyesbítéshez való jog: szerint az érintett, kezelt adatai vonatkozásában kérheti, azok kiegészítését, helyesbítését*⁵³. A 2018. évi törvénymódosítást követően a helyesbítés joga már az adatok kiegészítését is magában foglalja.

4. *Adatkezelés korlátozásához való jog: értelmében az érintett, az adatkezelőhöz intézett kérelmében kérheti az adatkezelés korlátozását*⁵⁴. Az adatkezelés korlátozásához való jog célja, hogy a bizonytalan adatkezelési helyzeteket rendezze. Ez lényegében az adatok zárolását jelenti. Az eltérő terminológia használatának oka, hogy a jogalkotó ezzel kívánt reagálni az általános adatvédelmi rendeletben foglaltakra az érintettek jogai kapcsán⁵⁵.

5. *Törléshez való jog: alapján az adatkezelő törli az érintett személyes adatait, annak kérelmére*⁵⁶. A törlés kapcsán kiemelendő az ún. logikai törlés esete, mely szerint az adatok csak logikailag kerülnek törlésre,

⁵² Jóri – Soós – Bártfai – Hári: i. m., 280–281.

⁵³ Infotv. 14. § c) pontja.

⁵⁴ Infotv. 14. § d) pontja.

⁵⁵ Az Európai Parlament és a Tanács (EU) 2016/679 rendelete (2016. április 27.) a természetes személyeknek a személyes adatok kezelése tekintetében történő védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról, valamint a 95/46/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről (általános adatvédelmi rendelet).

18. cikk Az adatkezelés korlátozásához való jog (1) „Az érintett jogosult arra, hogy kérésére az adatkezelő korlátozza az adatkezelést...” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679#d1e2128-1-1> (Letöltés ideje: 2020.01.21).

⁵⁶ Infotv. 14. § e) pontja.

fizikailag nem, a NAIH álláspontja szerint ez az eljárás nem megfelelő a törlés helyett⁵⁷.

Kétség sem fér hozzá, hogy az adatalanyok jogai fontosak, ám úgy véljük, hogy az MI használatával kapcsolatban talán az adatkezelés korlátozhatóságának és a törléshez való jognak van a legnagyobb relevanciája, hiszen a technológia által működtetett, összekapcsolt eszközök számos információt gyűjtenek és osztanak meg egymással. Ezen két jog a személyes adatok védelmén túl, lényegében lehetővé teszi a mesterséges intelligencia kordában tartását, ezáltal pedig az egyének magánéletének védelmét.

4. Megoldási javaslatok

A fentiek alapján látható, hogy a nevezett technológiával kapcsolatos adatvédelmi kérdések meglehetősen összetettek és bonyolultak. Éppen ezért a felmerülő problémák megoldása során a jogi keretek kijelölése mellett, figyelembe kell venni a mesterséges intelligencia sajátosságait is. Egyrészt fontos a megfelelő szabályozási környezet kialakítása, melynek a jogi rendelkezéseken túl erkölcsi-etikai szabályokat is tartalmaznia kell az entításra vonatkozóan. Másrészt, a szoftverfejlesztőknek kell beépíteniük bizonyos garanciális elemeket a technológiába, melyek lehetővé teszik a megfelelő működést, ezzel elkerülve vagy legalábbis minimálisra csökkentve az adatvédelmi incidensek bekövetkezését, végső soron pedig az AI-val szemben megfelelő védelmet nyújtanak arra az esetre, ha valamilyen oknál fogva súlyosabb hiba következne be.

Ezen túlmenően fontos lenne, hogy a mesterséges intelligencia csak a legszükségesebb adatokhoz férjen hozzá és azokat ténylegesen csak meghatározott – lehetőség szerint minél rövidebb – ideig tárolja. Az érintettek kapcsán megfontolandó lehet a technológia működésére vonatkozó egyszerű, általános leírás, tájékoztató készítése. Ezzel biztosítva az átláthatóságot és hozzásegítve az érintetteket saját adataik védelméhez, valamint az érintetti jogok legteljesebb érvényesüléséhez. Ezen túlmenően szintén célravezető lenne, hogy minél több laikus ismerkedjen meg a mesterséges intelligenciával, a technológiára vonatkozó közérthető oktatás keretében.

Továbbá lényeges, hogy visszaszorításra kerüljenek az olyan technológiák, mint az arc-, vagy hangfelismerő szoftverek. Ezek kiemelt jelentőségét, s hasznosságát elismerjük a bűnüldözés terén, ugyanakkor az egyéb, MI által működtetett, azonosítás céljára szolgáló eszközök

⁵⁷ Jóri – Soós: i. m., 209.

adatvédelmi aggályokat vetnek fel. Ennek oka, hogy ezekkel a készülékekkel meglehetősen széles körben szerezhetőek be információk, érintve ezzel a legintimebb, legérzékenyebb adatokat, mint például egészségügyi, világnézetre vonatkozó vagy érzelmi állapottal kapcsolatos adatok.

Az arcfelismerő rendszerekkel kapcsolatos aggályok már megjelentek Franciaországban és Svédországban. Ezzel szemben a Fehér Ház 2020 januárjában arra kérte az uniós jogalkotókat, hogy tartózkodjanak a mesterséges intelligencia túlzott szabályozásától, hiszen az gátja lehet az innovációnak⁵⁸. Az AI szabályozásával kapcsolatos uniós „*Fehér könyv a mesterséges intelligenciáról: a kiválóság és a bizalom európai megközelítése*” című dokumentumot az Európai Bizottság 2020. február 19-én adta ki, melyben nem tiltják ugyan az MI alkalmazásával kapcsolatos azonosító rendszereket, ám az alkalmazásukban rejlő veszélyeket figyelembe veszik⁵⁹. A Fehér Könyvből kitűnik, hogy az Európai Unió nem akar gátat szabni a fejlődésnek, támogatja az innovációt, mégis fontosnak tartja az esetleges adatvédelmi aggályok realizálását és igyekszik felkészülni a folyamatosan fejlődő technológiában rejlő veszélyekre.

KONKLÚZIÓ

A mesterséges intelligencia még csak gyermekcipőben jár, megjelenése mégis számos pozitív változást hozott, elegendő, ha csak a technológia által elvégzett hasznos feladatokra gondolunk. Vélhetően a technológia fejlődésével, az általa biztosított lehetőségek száma is bővülni fog. Ezen új entitás várható hatása leginkább úgy írható le, mint a gőzgépek vagy az elektromosság megjelenését követő változások. Ugyanakkor az MI-ben rejlő veszélyek sem elhanyagolhatók, jelenleg az AI a legnagyobb kockázatot a személyes adatok védelmére, s a magánélethez való jogra jelenti.

A technológiához kapcsolódó adatvédelmi kérdések meglehetősen bonyolultak és szerteágazóak. A komplexitás maga a mesterséges intelligencia természetéből fakad, ami lényegében egy sajátos módon működő szoftver. Működéséhez nagy mennyiségű adat szükséges, melynek érdekében rendkívül széleskörű adatgyűjtés történik. Ezen adatokat adatbázisokba rendszerezi, s eltárolja saját fejlesztése érdekében.

⁵⁸ Shepardson, David: White House proposes regulatory principles to govern AI use.: <https://www.reuters.com/article/us-tech-ces-ai-white-house-idUSKBN1Z60GL> (Letöltés ideje: 2020.02.23).

⁵⁹ Az Európai Bizottság által kiadott Fehér könyv a mesterséges intelligenciáról: a kiválóság és a bizalom európai megközelítése. COM(2020) 65 final, Brussels, 2020.02.19.: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (Letöltés ideje: 2020.02.23).

Az adatvédelem kérdésköre kapcsán igyekeztünk rámutatni arra, hogy a személyes adatok köre az AI elterjedésével várhatóan növekedni fog. Ezen túlmenően igyekeztünk a mesterséges intelligencia által az adatkezelési alapelvekre, valamint az érintettek jogaira gyakorolt hatásokat vizsgálni, s rávilágítani az egyes problémás helyzetekre. Továbbá igyekeztünk a technológia szabályozásával kapcsolatban olyan javaslatokat megfogalmazni, amelyek megoldásként szolgálhatnak a felmerülő adatvédelmi aggályokra.

ÖSSZEGZÉS

Kutatásunk célja, hogy röviden ismertessük a sokak számára még ismeretlen, ám mindennapjainkban megjelenő mesterséges intelligenciát. Továbbá, hogy rávilágítsunk a technológia alkalmazásával kapcsolatos legfontosabb adatvédelmi aggályokra. Nevezetesen a személyes adatok körének várható bővülésére, illetve arra, hogy az adatvédelmi alapelvekre és az érintettek jogaira milyen hatást gyakorolhat a nevezett technológia. Ezen túlmenően a technológia szabályozása kapcsán megoldási javaslatokat fogalmaztunk meg az alapelvek és az adatalanyok jogainak legteljesebb érvényesülése érdekében.

FELHASZNÁLT IRODALOM

1. Halász Iván (szerk.): *Studia Universitatis Communia: Alkotmányjog*. Dialóg Kampusz Kiadó, Budapest, 2018.
2. Furey, Eoghan – Blue, Juanita: *Alexa, Emotions, Privacy and GDPR*. Proceedings of the 32nd International BCS Human Computer Interaction Conference.
3. Jóri András – Soós Andrea Klára: *Adatvédelmi jog – Magyar és európai szabályozás*. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2016.
4. Jóri András – Soós Andrea Klára – Bártfai Zsolt – Hári Anita: *A GDPR magyarázata*. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2018.
5. Majtényi László: *Adatvédelem, információszabadság, sajtó*. Alkotmány- és Jogpolitikai Intézet, Budapest, 1997.
6. Majtényi László: *Az információs szabadságok – Adatvédelem és közérdekű adatok nyilvánossága*. Complex Kiadó, Budapest, 2006.
7. McStay, Andrew: *Emphatic media and advertising: Industry, policy, legal and citizen perspectives (the case for intimacy)*. *Big Data and Society*, 2016 July – December, 1–11.
8. Sári János – Somody Bernadett: *Alapjogok – Alkotmánytan II.* (Negyedik, átdolgozott kiadás) Osiris Kiadó, Budapest, 2008.

9. Stefán Ibolya: A mesterséges intelligencia fogalmának polgári jogi értelmezése. *Pro Futuro*, 2020/1. szám (megjelenés alatt).

10. Szőke Gergely László: Az adatvédelem szabályozásának történeti áttekintése. *Infokommunikáció és jog*, 2013/3. szám, 107–112.

11. Varga Zsófia: Az Alapjogi Charta alkalmazási köre I. *Európai Jog* 2013/5., 17–29.

Information about author:

Ibolya Stefán,
PhD hallgató
Miskolci Egyetem
Polgári Jogi Intézeti Tanszék

SIGNIFICANT CHANGE OF CIRCUMSTANCES AND THE AMENDMENT OF CONTRACT

Juhász Ágnes

INTRODUCTION

The judgment and treatment of the greater or lesser changes in circumstances belongs to the field of contract law. Though the obligation law rules, including contract law provisions, give the dynamics of civil law, the various legal transactions and contracts to be concluded basically reflect a given time; the contractual parties' rights and duties are fixed with regard to the circumstances existing at the time of the conclusion of the contract. However, over time, changes can occur in the circumstances of the contract, which can impact on the durable contractual relationship existing between the parties, including their rights and duties, and particularly on the duty to fulfil the contract.

All legal systems have its own solution for the treatment of the essential (substantial) change of circumstance subsequent to the conclusion of the contract. Although in these cases, the contractual parties' autonomy prevail primarily, some legal system allows the judicial amendment of the contract, if the conditions of the *clausula rebus sic stantibus* are fulfilled¹. There are other states, where the possibility to amend the contract by judicial act in case of an essential change of circumstances subsequent to the contract conclusion has only recently been recognised by the national legislation. Moreover, it is also noteworthy that these relatively new regulations bound the application of the contract amendment by judicial act to strict limits².

It is typical that the essential change of circumstances and its effects on the contractual relationship attracted more and more attention from the legislation and the jurisprudence, when historic events having global effect occurred. It was after the World War I, when the modern

¹ Cf. Act No. V of 2013 on the Civil Code, Art. 6:192

² In 2016, Code Civil was amended according to the French civil law reform. The reworded text of Article 1195 determines extensive rights for the court according to the existing contractual relationships, which were seriously affected by the unforeseen circumstances. Partly in parallel with the French reform, the Romanian civil code, modelled on the Code Napoleon, had also been revised. The new code, which came into effect in 2011, regulates the judicial amendment of contract as an exceptional legal institution, under the expression '*impreviziune*'.

jurisprudence examined the problem thoroughly^{3, 4}. Afterwards, the Great Depression in 1929 and its effects and consequences made it clear that the changes occurred in the contractual relationship because of the essential change of circumstances, i.e. the effect of such changes on the position of the contractual parties requires particular attention.

However, another part of the national legislators failed to take any actions in spite of the recognition mentioned above and, based on various dogmatic considerations, considered the binding force of contract as priority and kept the obligation to fulfil the contract in mind. In other countries, for instance in Hungary, *clausula rebus sic stantibus* is declared as an exemption from the principle *pacta sunt servanda*.

The demand for the application of the *clausula* and for the regulation of the contract amendment by judicial act arose again after the global economic crisis in 2008. Notwithstanding the fact that this newer recession is not comparable to the economic crisis in 1929, the detrimental changes which occurred in the contractual relationships due to the crisis and which often broke the contractual balance, increasingly raised the need for create a solution by legislative way.

However, the answers of the different countries to the changes in circumstances after the conclusion of the contract vary widely and it is also different that the solution to be applied is based on law or it was developed by the case-law of the courts.

Hondius és Grigoleit examined the effect of the change of circumstances on the contractual relationship in the European countries and, with respect to the legislative and judicial recognition of this effect, they distinguished between open and closed legal systems⁵. In countries classified as *open legal system* (e.g. Germany, Austria, Greece, Italy, Lithuania, the Netherlands, Portugal, Spain and Sweden) unforeseen changes of circumstances are defined both in the relating

³ OOSTERHUIS, Janwillem: *Unexpected Circumstances Arising from World War I and Its Aftermath: Open versus Closed Legal Systems*, In: Erasmus Law Review, 2014/2., pp. 67–79.

⁴ From the relating literature see KRÜCKMANN, Paul: *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, In: Archiv für die civilistische Praxis, 1918/2-3., pp. 157-481; ALMÁSI Antal: *A gazdasági lehetetlenülés térhódítása*, In: Jogtudományi Közlöny, 1922/15., pp. 113-115; SCHUSTER Rudolf: *Néhány szó a gazdasági lehetetlenülés kérdéséhez*, In: Jogtudományi Közlöny, 1923/1., pp. 2–4.

⁵ HONDIUS, Ewoud: *Change of circumstances: the Trento project*, In: CASTERMANS, Alex Geert – JANSSEN, Kasper J.O. – KNIGGE, Marte W. – MEMELINK, Pauline – NIEUWENTHUIS, Jacob Hans (eds.): *Foreseen and unforeseen circumstances*, Kluwer, Deventer, 2012, pp. 115–133; HONDIUS, Ewoud – GRIGOLEIT, Christoph: *Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, In: HONDIUS, Ewoud – GRIGOLEIT, Christoph (Eds.): *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011, pp. 10–11.

legal regulation and in the judicial practice as general exemption, upon which the contractual parties are allowed to adopt their contract to the changed circumstances.

On the contrary, in the *closed legal systems* (e.g. Belgium, Czech Republic, Denmark, England, France, Ireland, Scotland and Slovenia) there is no similar solution. There are several arguments to explain this. On the one hand, there are countries, where the *clausula* is not declared by the civil law rules. On the other hands, there are other countries, where the *clausula* is known in the judicial practice, but the possibility to adapt the contract to the changed circumstances has not been generally recognised.

Nevertheless, albeit its illustrative nature, the distinction between open and closed legal systems is purely theoretical and therefore it is less suitable for showing in a certain case the differences existing between the solutions applied by the various countries⁶.

As it was mentioned before, during the development of the private law, several legal institutions have been evolved in the laws of the various states for the treatment of the effects of the changes of circumstances on the contractual relationship⁷. Such an example is the theory of *imprevision* (*'théorie de l'imprévision'*) in the French civil law, while the treatment of the changes in circumstances are regulated from the obligation law reform of 2002 within the rules on the collapse of the underlying basis of the transaction (*'Störung des Geschäftsgrundlage'*) by the German civil code⁸.

In the Italian civil law, there are also some provisions, which deal with the effects of the change of circumstances on the contractual relationship.⁹ The adoption of these rules was partly due to the events occurred at the first part of the 20th century. Moreover, the Italian civil law at that time was strongly influenced by the German private law jurisprudence, such as *Windscheid's* doctrine of tacit presupposition

⁶ HONDIUS op.cit. p. 119; HONDIUS, Ewoud – GRIGOLEIT, Christoph: *General comparative remarks: Converging tendencies, remaining differences and the unsolved mystery of adjustment*, In: HONDIUS, Ewoud – GRIGOLEIT, Christoph (Eds.): *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011, pp. 643-655, pp. 643-644.

⁷ The various models of the treating of the changes in circumstances are comprehensively examined by *Rodrigo Uribe Momberg*. See MOMBERG, Rodrigo Uribe: *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Intersentia, Cambridge – Antwerpen – Portland, 2011.

⁸ See BGB, Art. 313.

⁹ C.f. Codice civile, Art. 1467-1468.

(‘*Lehre von der Voraussetzung*’) and the theories of *Oertmann* and *Larenz* as well^{10, 11}.

In the English law, the essential change of circumstances subsequent to the contract conclusion raises the applicability of several legal institutions, e.g. *hardship*, *frustration of contract*, *impossibility* and *impracticability*. In this context, it is to be noted that the aforementioned legal institutes appear differently in the English and in the American law. Though the solutions applied by the American law are based on the English law traditions, due to the diverse development of the law, there are now significant differences between the legal institutions to be applied and their conditions and legal effects¹².

It is important to note that the legal institutions appeared in the various national civil laws have several similarities and they correspond more or less to each other. Nevertheless, they are not absolutely identical.

On the one hand, it can be explained with the systemic differences of the various states, i.e. if a given state belongs to the Anglo-Saxon or a continental legal system. On the other hand, the diverge development tendencies of the continental law system (Germanic or French way) and the dogmatic differences also explains the greater or lesser diversions of the various legal institutions^{13, 14}.

¹⁰ WINDSCHEID, Bernhard: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; OERTMANN, Paul: *Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921; LARENZ, Karl: *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*, Beck, München, 1957. The theories of Windscheid and Oertmann are reviewed in detail by Nikolett Lukács. See LUKÁCS, Nikolett: *A clausula rebus sic stantibus elvénék megjelenése a német pandektisták felfogásában*, In: SMUK Péter (ed.): *Az állam és jog alapvető értékei*, Széchenyi István Egyetem Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, Győr, 2010, pp. 322-326. About the in-depth assessment and comparison of the expression ‘foundation of the transaction’ created and used by Oertmann and Larenz see DUDÁS Attila: *A szerződés célja (kauzája) az európai és a magyar jogban. A szerződés kauzájának fogalma az európai jogelméletben*, In: *Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica*, 2012/2., pp. 87–100, p. 91.

¹¹ The Pandectists’ impact on Italian law, by the citation of the relating judicial practice, is comprehensively overviewed in the German private law literature by *Christian Reiter*. See REITER, Christian: *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 48–78.

¹² Cf.: EISENBERG, Melvin: *Impossibility, Impracticability and Frustration*, In: *Journal of Legal Analysis*, 2009/1., 207–261. About the American approach of the doctrine see MOMBORG (2011) pp. 160–184.

¹³ *Bazil Oglindă* represents another approach, when he treats the above mentioned legal institutions equal. See OGLINDĂ, Bazil: *The Theory of Imprevisión in the Context of the Economic Crisis and the New Romanian Civil Code (NCC)*, In: *Perspectives of Business Law Journal*, 2012/1., pp. 230–255, p. 250.

¹⁴ About the different legal institutions see in detail JUHÁSZ, Ágnes: *A szerződésmódosítás kérdésköre a magyar polgári jogban*, Wolters Kluwer, Budapest, 2019, pp. 142–182.

Although the monographic work of Hondius and Grigoleit was quite comprehensive, they paid attention only to a limited scope of European countries, while other national legislations, like Hungarian, has not been incorporated. In the following, I intend to give an overview about, how the essential change of circumstances is treated by the Hungarian contract law. Moreover, I take a brief outlook at the relating rules of the Ukrainian civil law.

1. The tools for treating the essential change of circumstances under Hungarian contract law. The amendment of contract by court order

The treatment of the change of circumstances occurring after the conclusion of the contract appears several times in the application of the Act No. V of 2013 on the Hungarian Civil Code (hereinafter referred as to HCC) in force. Some situations, in which the evaluation of changes are allowed, are regulated in the general part of contract law. (These are the preliminary contract, economic impossibility of performance of contract and the amendment of contract by court order.) Other situations appear within the special provisions on certain contracts like donation contract, lending agreement and deposit contract.

Since the comprehensive elaboration of all legal institutions is not possible within this study, in the following, the examination will be narrowed to the issue of the amendment of contract by court order. On the one hand, the normative requirements of the application of this legal instrument will be examined and, on the other hand, attention will be paid to the relating judicial practice as well.

According to paragraph 1 of the Article 6:192 of the HCC, either of the parties shall be entitled to request to have the contract amended by court order if in the long-term contractual relationship of the parties performing the contract under the same terms is likely to harm his relevant lawful interests in consequence of a circumstance that has occurred after the conclusion of the contract, and (a) the possibility of that change of circumstances could not have been foreseen at the time of conclusion of the contract, (b) he did not cause that change of circumstances, and (c) such change in circumstances cannot be regarded as normal business risks.

According to the article of the HCC referred above, *either of the party has the right to have the contract amended by the court*, but only in the case, *if requirements determined by the law are fulfilled together*. Among these requirements, the *long-term nature of a legal relationship* shall be

highlighted. Namely, Hungarian legislator does not recognise the possibility to amend a contract by court order generally, for all contractual relationships, but allows such form of modification only in those legal relationships, which have long-term nature. Even so, the HCC in force does not provide any general guideline, when a legal relationship shall be deemed as having long-term nature. Therefore, the interpretation of the examined expression, which roots go back to the German civil law jurisprudence of the 19th century, is possible only within the framework established by the judicial practice and the representatives of the civil law jurisprudence¹⁵.

Summing up the most important features of these contractual relationships, it shall be stated that these are performed by long-lasting or recurring services, i.e. in these legal relationships at least either of the parties are obliged to provide a certain service continuously or periodically. Nevertheless, although the time (durability) and the service of the legal relationship is essential, these elements do not constitute a decisive and exclusive aspect in the establishing of the long-term nature of a contractual relationship, but other individual aspects also shall be taken into account.

During the examination of any change of circumstance, the *time dimension*, i.e. the time of occurrence, is also important. As it is stated paragraph 1 of the Article 6:192 of the HCC, *change of circumstance shall occur subsequent the conclusion of the contract*. Moreover, the change of circumstance, upon which the amendment of the contract is to be requested by either of the contracting parties, shall be greater volume, viz. *it shall be significant*. Occurrence of minor changes cannot serve as a basis for the application of amendment of contract by court order.

Beyond the above mentioned requirements, HCC imposes three other conditions on the change of circumstance itself. Basically, these criteria have negative nature. The conditions drew by the HCC are the followings:

¹⁵ From the relating literature see TÖRÖK TAMÁS: *Tartós jogviszony*, In: *Gazdaság és Jog*, 2000/11., pp. 16–21; JUHÁSZ ÁGNES: *A polgári jogviszony tartósságának kérdéséről*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 2019/4., pp. 156–164. From the relating German-language academic writings on the long-term nature of a legal relationship see OERTMANN, Paul: *Recht der Schuldverhältnisse*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1910, p. 200.; STEINBERGER, Max: *Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge)*, C.F. Bornschein's Buchdruckerei, 1910; GIERKE, OTTO VON: *Dauernde Schuldverhältnisse*. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Vol. 64, 1914, pp. 355–411.; KRÜCKMANN, PAUL: *Einige Bemerkungen zu den „dauernden Schuldverhältnissen“*. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Vol. 66, 1916, pp. 1–17.; GANSAUGE, RUDOLF: *Das Dauerschuldverhältnis* (Dissertation). Leipzig, 1928; OETKER, HARTMUT: *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1994; GERNHUBER, JOACHIM: *Das Schuldverhältnis*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1989, pp. 377–403; DORALT, WALTER: *Langzeitverträge*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 7–61.

- a) the possibility of the change of circumstances *could not have been foreseen at the time of conclusion of the contract*;
- b) the change of circumstances *was not caused by the contractual party, whose interest was injured* and who requested the amendment of contract by court upon this injury of interest; and
- c) such change in circumstances *cannot be regarded as normal business risks*.

The expression ‘*foreseeability*’ refers to the concerned party’s opportunities and borders of looking into the future, which is supplied by the criterion of reasonable conduct, i.e. what can be expected of or by a person¹⁶. According to this principle, judicial practice deems a given factor as unforeseen at the time of the conclusion of the contract, when *the contractual party could not foresee it even reasonable diligence was shown by him*. If a factor would have been foreseeable by the party under the above mentioned conditions, the amendment of contract by court order can not be requested, since, according to paragraph 2 of Article 1:4 of the HCC, a person may not rely, in support of his claim, on an unlawful act he has committed.

Moreover, under the HCC, it is a further requirement that *the occurrence of the change of circumstance may not be reversed to the act of the party who requests the amendment of the contract by court*. Otherwise, the party’s act objectively excludes both the evaluation of the change in circumstances and the application of the legal consequences of such situation determined by law.

Among the criteria on the change of circumstances stated by the HCC, the interpretation of the expression ‘*normal business risk*’ is the most difficult regarding the fact that the HCC does not designate the borders of this expression, i.e. it is not determined by law, if a certain change of circumstance falls under or falls outside the scope of ‘*normal business risk*’.

Similarly, no indication on the interpretation of the examined expression is given by the reasoning of the HCC, inasmuch as it only states that subject of civil law relationships shall bear the consequences of their own conduct and this principle is especially true in case of the bearing of the normal business risk.

In the course of determining the content of the expression in question, the judicial practice evolved in connection with the former civil code can provide assistance, upon which the drawing of the borders of the expression’s

¹⁶ Cf. HCC, Art. 1:4, para 1.

content becomes possible¹⁷. However, regarding the length limits of the study, the relating judicial practice will not be reviewed.

Nevertheless, a general statement can be worded. On the one hand, *the content of the contract* existing between the parties *and the risk sharing determined in this contract shall be primarily taken into account* during the assessment, whether a certain change in circumstance falls under the scope of the normal business risk. On the other hand, not only the content of the contract and the risk sharing, but *the activity conducted by the contractual party and the nature of the service committed by him also shall be considered*¹⁸.

According to the judicial practice, the amendment of contract by court order can not be requested by the contractual party upon such a change of circumstance, which the parties should have been, by reasonable risk, taken into account¹⁹, or which was expected or foreseen by the party at the time of the conclusion of the contract and he concluded the contract knowing these, or at the time of contract conclusion he assumed the risk of the possible damages occurring subsequent the conclusion of the contract²⁰.

Relating to the judicial practice on contractual risks, conclusions worded by *Tibor Nochta* are worth mentioning. According to Nochta, who compares the conclusion of a contract to the game of dice since their results are not predictable²¹, contractual party can not be exempted from his obligation, if he miscalculated his performance capacity or underestimated the contractual and normal business risks²².

2. Assessment of certain changes in circumstances under the Hungarian judicial practice

In case of the in-depth analysis of the amendment of the contract by court order based on the significant change of circumstance, not only the normative conditions determined by the HCC, but also those changes

¹⁷ Cf. judicial cases published under BH 1996. 586., BH 2013. 275., EBH 2003. 936.

¹⁸ MENYHÁRD Attila: *A szerződés módosítása*, In: OSZTOVITS András (ed.): *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja*, Vol. III, Opten Informatikai Kft., Budapest, 2014, pp. 459–468, p. 468.

¹⁹ Judicial cases published under BH 1985. 470., Decision No. Pfv.V.21.574/2015/4. of the Curia.

²⁰ Judicial case published under BH 2005. 347.

²¹ NOCHTA Tibor: *Mennyiben szerződési kockázat a gazdasági válság?*, In: *Jog – Állam – Politika*, 2011/2., pp. 87–97, p. 87

²² NOCHTA (2011) p. 89.

of circumstances shall be examined, in case of which the court's power to amend a contract is recognised in the judicial practice.

As a starting point it can be noted that among the cumulative criteria led down by the HCC, the non-foreseeability and the 'out of normal business risk' nature of the change of circumstances are basically the most prominent in the judicial practice.

Acts of war, economic or other kind of crises, as well as the *macro-political changes* are factors, which give cause for the amendment of contract on the one hand, or, on the other hand, can be deemed in a given case as a change of circumstance which lead to the impossibility of performance of contract. From the previous factors, changes having economic nature shall be highlighted, since after the economic crisis in 2008, these were examined countless times by courts and they served as the basis for several judgments.

In Hungary, from the end of the 1980s, but especially after the regime change in 1989, in the judgments dealing with the applicability of the amendment of contract by court order appeared a uniform and coherent approach, according to which the inflation and the change of the supply and demand conditions were treated as factors, which fall under the scope of the contractual partners' business risks. Regarding to this, the applicability of the amendment of contract by court order was not recognised in case of these changes²³. By contrast, other judgment is also known, where the large inflationary impacts of the changing economic conditions and the significant increasing of the prices of materials and wages established the application of the amendment of contract by court order. As the court stated it in its reasoning, not the above mentioned factors themselves gave cause for the applicability of the amendment of contract by court, but the fact that the measure of the change of these circumstances could not be foreseen by the contractual parties at the time of the conclusion of the contract²⁴.

As the court stated in another individual decision, although the changing of the economic environment falls under the scope of the parties' normal contractual risks, in certain cases, namely if the economic environment changed to such extent that leads to the collapse of the market, it shall be deemed as a significant change of circumstance which the contractual parties could not have expected

²³ Judicial cases published under BH 1988. 80., BH 1993. 670., BH 1996. 145., Decision No. Gf.I.30.315/2010. II. of the Regional Court of Appeal of Szeged.

²⁴ Judicial case published under BH 1995. 659.

at the time of the conclusion of the contract and which they could not count on upon reasonable risk-taking²⁵. Nevertheless, the court did not recognise the applicability of the amendment of contract by court and considered that the consequences of such changes of circumstances shall be shared by the contractual parties.

Though the judicial practice on the determination of the ‘normal business risk’ was relatively stable, it was significantly coloured by the economic crisis which opened an entirely new era in the judicial application of the law. Mass of foreign exchange loan contracts was negatively affected by the economic crisis, due to which so many people brought action with reference to the subsequent change of circumstances and requested the amendment of contract by court order. Therefore, the question arose again, if an economic crisis shall be deemed as normal contractual risk at all, and if so, to what extent.

To answer the question, several attempts appear both in the field of the judicial practice and the jurisprudence.

Relating to the economic and business risks, *Tekla Papp* examined the judicial practice and concluded that the economic and financial crises are treated as contractual risks by the Hungarian courts, and they prefer the principle *pacta sunt servanda* instead of the application of the *clausula rebus sic stantibus* with an expanded meaning²⁶.

According to Nochta, economic crises undermine the contracts’ supports built by the parties and therefore the focus will shift from the contract to the law. *An economic crisis results in the dissolution of the contract terms; it is the reason why a growing demand for the external intervention arises*²⁷. *As he stated elsewhere, possibilities offered by the contract proved insufficient in managing situation caused by additional risks significantly above the average. Therefore, intervention by judicial or legislative manners are needed, since nobody can fairly be obliged for a sacrifice far beyond the normal contractual risk, even the service to perform under the contract became nor physically, neither legally impossible*²⁸.

²⁵ Judicial case published under BDT 2000. 277.

²⁶ PAPP Tekla: *Gazdasági/üzleti kockázat – mint szerződési körülmény – megítélése a magyar magánjogban és versenyjogban*, In: SZALMA József (ed.): *Magyar Tudomány Napja a Délvidéken*, Vajdasági Magyar Tudományos Társaság, Újvidék, 2013, pp. 113–132, p. 118 and PAPP Tekla: *Gazdasági válság – szerződéses viszonyok*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 2011/6., pp. 353–357, p. 255.

²⁷ NOCHTA (2011) p. 88.

²⁸ NOCHTA Tibor: *A gazdasági-pénzügyi krízis válságba sodorja-e a szerződés intézményét? – A jogalkotás, a tudomány és a jogalkalmazás válaszai*, In: AUER, Ádám – PAPP, Tekla (eds.): *A gazdasági világválság hatása egyes jogintézményekre Magyarországon és az Európai Unióban*, Nemzeti Közszolgálati Egyetem Budapest, 2016, pp. 179–197, pp. 184–185.

In conclusion, it can be noted that *basically two main trends appear in the judicial practice on the assessment of economic changes*. Minor changes fall under the scope of the contractual parties' normal business risks, which they shall count on at the time of the conclusion of their contract. However, changes having greater volume as economic changes which can not be foreseen by the highest degree of diligence showed by the parties at the time of the conclusion of the contract, do not necessarily justify the application of the principle *clausula rebus sic stantibus*. The fact that courts raise the economic crisis from the normal contractual risk of the parties, does not automatically mean that the possibility to amend the contract by court order or to refuse the performance of the contract is recognised²⁹. However, it is much more typical that economic crisis is assessed as a risk factor, which goes beyond the scope of the legal institutions (i.e. refusal of contract performance and amendment of contract by court order) regulated by the HCC. Consequently, if the contractual balance has been damaged due to the economic crisis, this factor will establish the amendment of contract by legislative act.

Beyond the economic crisis and other crisis situations, *there are other situations which are discussed nowadays*, since they have undoubtedly impact on the contractual relationship and especially on the performance of contract.

In the legal practice, it has long been recognised that *the exit of the United Kingdom from the European Union* (hereinafter referred as to *Brexit*) is such a change of circumstance which has several impact on the performance of the existing contracts. Due to the changes in exchange rates and the potential introduction of taxes and duties, which can occur after the Brexit, the profitability of the previously concluded contracts can decrease. Moreover, the free movement of goods and services will no more prevail which can cause further difficulties in the economic life. The United Kingdom left the European Union on 31 January, 2020. Therefore, it is an essential question, if Brexit complies with the criteria of *clausula rebus sic stantibus* and, accordingly, can serve as a basis for refusing the performance of an existing contract, or for the amendment of the contract by court order³⁰.

As it was mentioned above, wars and natural disasters like earthquakes or tsunamis are events, which make the performance of the contract not

²⁹ It is confirmed by the judicial act published under BH 1992. 123.

³⁰ The thorough elaboration of the question see JUHÁSZ, Ágnes: *Brexit as a frustrating event? – Reflections by the doctrine of frustration of contract in English law*, In: *European Integration Studies*, 2019/1., pp. 38–49.

only more difficult, but excuses the contractual party's liability if he can not perform the contract due to these events. Such events were recently the detrimental earthquake and the subsequent tsunami in Easter Japan in 2011, or the war situation caused by the annexation of the Crimea Peninsula by the Russian Federation in 2014³¹.

The most recent factor, which can have impact on the performance of international contracts, is the *outbreak of the novel coronavirus*. The measures introduced by the Chinese authorities in order to stop the epidemic (e.g. closure of factories and logistic centres, closing of seaports and airports for indefinite time) sooner or later will make the performance of contractual obligations impossible for more and more producers and suppliers. At present, *it is questionable, if the epidemic shall be deemed as a force majeure event* upon which the performance of the contract can be suspended or the contract can be terminated, *or it only makes the performance of the contract more difficult*, i.e. it shall be deemed as a frustrating event. Although some opinions have already appeared, at present there is no univocal answer. Nevertheless, the assessment of the outbreak of the Ebola epidemic in 2014 can help the answering³².

3. The amendment of a contract by judicial act under the Ukrainian civil law rules – A brief outlook

3.1. General remarks – Basic features of the Ukrainian private law

Before the introduction of the treatment methods of the changes of circumstances and the examination of the applicability of the amendment of contract by court order under Ukrainian law, it is essential to highlight the basic features of the Ukrainian civil law regulation.

Among the lawyers dealing with comparative law, the classification of the Ukrainian legal system is problematic in itself, since there are different approaches, which sometimes completely contradict each other³³. According to the most widely accepted approach, Ukrainian legal system can be ranked into the Romano-Germanic legal family. Nevertheless, it is important to note that the *Ukrainian legal system shows several*

³¹ As further reading see KOKORIN, Ilya – VAN DER WEIDE, Jeroen: *Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The case of embargoes and currency fluctuations (Russian, German and French Approaches)*, In: Russian Law Journal, 2015/3., pp. 46–82.

³² Cf. POLKINGHORNE, Michael – ROSENBERG, Charles B.: *The Ebola Epidemic and Force Majeure: Expecting the Unexpected*, In: Alternatives to the High Cost of Litigation, 2014/11., pp. 165–178.

³³ On the placing of the Ukrainian law system see in detail KHARYTONOV, Yevhen: *Forming the Contemporary Civil Law of Ukraine: Influence of Western and Eastern Traditions of Law*, In: Law of Ukraine, 2012/1-2., pp. 205–232, pp. 205–206.

*characteristics due to the Ukrainian historical and political development on the one hand, and due to the Eastern (Soviet and Russian) and the Southern and South-Western Asian impacts, on the other hand*³⁴.

The Ukrainian civil law system is based on the *Civil Code of Ukraine* (hereinafter referred as to *CCU*), which was adopted in 2003. In parallel with the codification procedure of the *CCU*, the preparation of the *Economical Code of Ukraine* (hereinafter referred as to *ECU*) took place. The *ECU* was also adopted in 2003. Both codes entered into force on 1st January, 2004³⁵.

The *Ukrainian obligation law* including contract law *has dualistic structure because of the co-existence of the CCU and ECU*. It means that contract law and expressly the contractual relationships relating to economic activity and production are subject to a dual regulation^{36, 37}. However, *the scope of the application and the determination of the subject-matter of the codes' provisions is not precisely delimited*, which, together with the uncertainty of the notion of economic contract, arise several questions. In the lack of precise defining of economic contract, there is no clear framework, which results in numerous problems from the coming into force of the codes in the field of jurisprudence and of the legal application as well³⁸. Nevertheless, the duplication of the provisions on obligations having economic nature means merely one reason, while the differences existing between the terminology of the codes and the different, dual approach of certain legal institutions cause further difficulties³⁹.

The roots of the codes are also different. During the elaboration of the civil law rules, participants of the codification procedure of *CCU* paid special attention to the provisions of *CISG* and of the *UNIDROIT* model law, while codifiers of the *ECU* took other aspects into consideration. Partially, this is the reason, why the dualistic system of the Ukrainian civil law is strongly criticized several times. For instance, the report of the *OECD* suggested

³⁴ Cf. LOGUSH, Lyubov: *Contract Law in Ukraine*, In: ANSAY, Tuğrul – BASEDOW, Jürgen (eds.): *Structures of Civil and Procedural Law in: South Eastern European Countries*, BWV Verlag, Berlin, 2008, pp. 65–73.

³⁵ About the theoretical background of the codification process see DOVGERT, A: *Theoretical Foundations of Contemporary Codification of Civil Law of Ukraine*, In: *Law of Ukraine*, 2012/1-2., pp. 191–204.

³⁶ Cf. *ECU*, Art. 173, paragraph I.

³⁷ About this feature of the Ukrainian private law see BIRYUKOV, Alexander: *The Doctrine of Dualism of Private Law in the Context of Recent Codifications of Civil Law: Ukrainian Perspectives*, In: *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 8 (2002), Issue 1, pp. 53–78.

³⁸ Cf. BIRYUKOV (2002) p. 60.

³⁹ LUTS, V.: *General Characteristics of Law of Contract of Ukraine*, In: *Law of Ukraine*, 2012/5-6., pp. 119–135, p. 105.

the Ukrainian legislator to wind up the duality of the civil law system only one year after the adoption of the codes⁴⁰.

3.2. Amendment of contract due to the significant change of circumstances

The issue of the amendment of the contract basically arises in the context of the binding force of contract and the principle of the sanctity of contract (*pacta sunt servanda*). According to Zoltán Csehi, a well-known Hungarian legal scholar, drawing the line between the rigour and the primacy of the contract – the unconditional enforcement of the principle *pacta sunt servanda* –, and the flexible concept of contract and the possibility to amend the contract by a judicial act, always depends on the given legal culture, traditions and the economic and social system of a certain state⁴¹.

In the Ukrainian private law, *freedom of contract appears as a basic principle of contract law*, which is expressly declared in Article 627 of the CCU.⁴² The freedom of contract implies several dimensions, namely the freedom of contract conclusion and the choice of the contracting partner on the one hand, and the freedom to determine the content of the contract, on the other hand⁴³. However, as Luts noted, *the content of the parties' contractual freedom shall be treated in much wider sense*, since besides the above mentioned elements, it also includes the parties' possibility to change, terminate or prolong the validity of their contract⁴⁴. Consequently, contractual parties have the rights to make changes in their contractual relationship. Nevertheless, as Hoffmann highlights in his study, the grounds for the amendment the agreements under Ukrainian contract law differ from the solutions of central European legal systems⁴⁵. It is partially due to the co-existence of the CCU and ECU, since both of them contain provisions on the amendment of agreements.

⁴⁰ *Legal issues with regard to business operations and investment in Ukraine* (OECD report), 2004, p. 9.

⁴¹ CSEHI, Zoltán: *Az egyoldalú szerződés módosítás általános kérdései*. In: CSEHI, Zoltán – KOLTAY, András – LANDI, Balázs – POGÁCSÁS, Anett (eds.): *(L)ex Cathedra et Praxis: Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából*. Budapest, Pázmány Press, 2014, pp. 79–112, p. 91.

⁴² LOGUSH (2009) p. 69.

⁴³ Cf. BODNAR, T.: *Principles of Contract Law in Ukraine*, In: *Law of Ukraine*, 2012/5-6., pp. 114–126, p. 116–117.

⁴⁴ LUTS, V.: *Phenomenon of a Contract in Civil Law*, In: *Приватне право і підприємництво* [Private Law and Business], 2016/16., pp. 50–55, p. 51

⁴⁵ HOFFMANN, Thomas: *Europeanisation of Private Law in Ukraine: Comparisons in the Field of Law of Obligations*, In: КЕРИМЪЕ, Tanel – ЧОСНІА, Archil (eds.): *Political and Legal Perspectives of the EU Eastern Partnership Policy*, Springer, Cham, 2016, pp. 181–196, p. 193.

The CCU, similarly to the HCC, regulates, in detail, how the effects of the significant circumstances occurring after the conclusion of contract shall be treated in a contractual relationship.

Article 652 of *CCU recognises the possibility to amend or cancel a contract in case of the significant change of circumstances.*

According to paragraph I of Article 652 of CCU, if the circumstances existed at the time of the conclusion of the contract significantly changed afterwards, contractual parties can amend or cancel their contract by consent, unless they otherwise agreed or the nature of the obligation implies otherwise.

It is to be noted that *the relationship between the amendment and the cancellation of the contract is not declared by the CCU.* Namely, the *Ukrainian legislator does not create a hierarchy* between the above mentioned legal possibilities, but leaves the contracting parties free to decide, bearing in mind their personal interests, either to maintain or terminate their contractual relationship.

In contrast to the provisions of the Hungarian code, *Ukrainian legislator determines, when a change of circumstance shall be deemed as significant.* On the basis of the text of the above referred Article of CCU, a change of circumstances shall be deemed as significant, *if the extent of change could not be foreseen by either of the parties, and, in case of such circumstances parties would not conclude their contract or would conclude it under different conditions.*

According to the text of the CCU, it is clear that the Ukrainian legislator assigns primarily the contractual parties to treat the effects of the change of circumstances on their contractual relationship, i.e. their autonomy of will ensured by the law at the time of contract conclusion extends to the modification in the content of the contract, as well. Nevertheless, if parties can not agree on the treatment of the impact of the change of circumstances, i.e. they can not agree on the adaptation of the contract to the changed circumstances (amendment) or on the termination of the contract, the application of another legal institution appears.

The amendment of the contract by court order, ensured by the CCU, is an exceptional tool for treating the impacts of a significant changes of circumstances, which can be applied only upon the expressed request of either of the contractual parties.

It is important to note that *the amendment of the contract by court order based on the significant change of circumstance and initiated by either of the parties, is allowed only in individual situations, when the termination*

of the contract would be contrary to the public interests, or, the parties' loss arising due to the termination of contract would substantially exceed the expenses required for the fulfilment of the contract under the conditions amended by the court.

Although the amendment and the termination of contract appear at first sight as alternatives for the treatment of the significant change of circumstances, *in the lack of consent, termination of contract remains the only way for the parties*. However, it shall be added, that the legal consequences of the termination can not be determined by the parties, but the court, upon the request of either of the parties. The court bases its decision on the fair distribution of costs arising due to the fulfilment of contract⁴⁶.

It is also essential that even the above mentioned condition (i.e. the lack of the parties' consent on the amendment or termination) fulfils, amendment of contract by court order can only be applied, if further criteria determined in paragraph II of Article 652 of CCU simultaneously fulfil. Accordingly, a contract can be amended by court order upon the request of either of the contracting parties, if

a) at the time of the conclusion of their contract parties could not count on the such change of circumstances;

b) change of circumstances is due to the conditions which the concerned party failed to remove after their emergence in spite of all his diligence and prudence;

c) fulfilment of the contract would disturb the balance of the parties' property interests and would deprive the concerned party of everything he expected to get at the time of the conclusion of the contract; and

d) the essence of the contract or business practices do not result in the risk of the circumstances' change to be borne by the concerned party.

The above reviewed rules and criteria prevail, if an agreement falls only under the scope of the CCU. However, due to the dualistic regulative structure of the Ukrainian civil law, in case of economic agreements, not only the provisions of the CCU shall be taken into consideration, but attention shall be paid to the provisions of the ECU as well. Nevertheless, because of the uncertain borders of the notion of economic agreement, it is not always obvious if only the relating rules of CCU or of both codes shall be applied.

Article 188 of ECU determines the procedure for the amendment and the termination of economic agreements. Provisions included in this

⁴⁶ Cf. CCU, Art. 652, paragraph III.

article are basically complete the provisions of the CCU on the amendment of contract. As it is stated, the unilateral amendment of economic agreements is prohibited unless the contractual parties or the law provide otherwise. The party initiating the amendment of the contract is obliged to notify about his intention the other party, who shall react about his decision in twenty days after the reception of the notification. Afterwards, the fate of contract depends on the parties' agreement on the amendment, or, if they fail to agree, the interested party has the right to pass the dispute to the court. If the contract is amended by court order, the parties' agreement shall be regarded as amended on the day when the court order becomes final, unless other effective date is provisioned by court decision.

CONCLUSIONS

In closing, some concluding remarks can be drafted. First of all, it can be stated that treatment methods of significant (elsewhere essential) changes in circumstances appear both in the Hungarian and the Ukrainian civil law. It is also a common feature that both regulation recognises the amendment of the contract by court order in case of such events and criteria determined by the HCC and CCU show similarities as well (e.g. the unforeseeability of the change of circumstance).

Nevertheless, differences between the application of the amendment of contract by court order under the Hungarian and Ukrainian law also can be shown.

In Hungarian law, amendment of contract b court order appears as a single legal institution, which is open to the contractual parties, if their relationship has long-term nature and the conditions set by paragraph 1 of Article 6:192 of the HCC fulfil.

In Ukrainian law, similarly to the Hungarian rules, amendment of contract by court order appears as an exceptional tool for treating the impacts of a significant change of circumstances. However, the criteria for the application of the legal institution diverge, since, for instance, the disturbance of the parties' property interest due to the fulfilment of the contract by such change is also expected.

After examining the relationship between the amendment of contract by the parties' consent and the amendment of contract by court order, it can be stated that the intention of the parties is primary in the case of amendment of contract in both regulation, regarding the contractual parties' freedom of contract. In the lack of consent, contractual parties may request the amendment of the contract by court order. However, CCU contains

a special rule, which is unknown in the Hungarian civil law. According to paragraph 4 of Article 652 of CCU, amendment of the contract by court order, when termination of the agreement contradicts the public interests, or, the parties' loss arising due to the termination of contract would substantially exceed the expenses required for the fulfilment of the contract under the conditions amended by the court.

SUMMARY

The main topic of the study is to introduce, how the significant (elsewhere essential) changes in circumstances are treated by the Hungarian civil law, which are the basic criteria for the application of the legal institution 'amendment of contract by court order'. After the general overview of the topic, relating Hungarian provisions are examined in detail. In the course of this in-depth examination, previous and current judicial practice is also reviewed, upon which the scope of those events, in case of which the Hungarian judicial practice recognise the applicability of the amendment of contract by court order, can be drafted. In closing, the study contains a short outlook on the Ukrainian civil law and examine the applicability of the same legal institution, i.e. the amendment of contract by court order in light of the Ukrainian provisions.

REFERENCES

1. ALMÁSI Antal: *A gazdasági lehetetlenülés térhódítása*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 1922/15, pp. 113–115.
2. BIRYUKOV, Alexander: *The Doctrine of Dualism of Private Law in the Context of Recent Codifications of Civil Law: Ukrainian Perspectives*, In: *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 8 (2002), Issue 1, pp. 53–78.
3. BODNAR, T.: *Principles of Contract Law in Ukraine*, In: *Law of Ukraine*, 2012/5-6., pp. 114–126.
4. CSEHI, Zoltán: *Az egyoldalú szerződésmódosítás általános kérdései*. In: CSEHI, Zoltán – KOLTAY, András – LANDI, Balázs – POGÁCSÁS, Anett (eds.): *(L)ex Cathedra et Praxis: Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából*. Budapest, Pázmány Press, 2014, pp. 79–112.
5. DORALT, WALTER: *Langzeitverträge*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2018
6. DOVGERT, A: *Theoretical Foundations of Contemporary Codification of Civil Law of Ukraine*, In: *Law of Ukraine*, 2012/1-2., pp. 191–204.
7. DUDÁS Attila: *A szerződés célja (kauzája) az európai és a magyar jogban. A szerződés kauzájának fogalma az európai jogelméletben*, In: *Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica*, 2012/2., pp. 87–100.

8. EISENBERG, Melvin: *Impossibility, Impracticability and Frustration*, In: *Journal of Legal Analysis*, 2009/1., pp. 207–261.

9. GANSAUGE, RUDOLF: *Das Dauerschuldverhältnis* (Dissertation). Leipzig, 1928.

10. GERNHUBER, JOACHIM: *Das Schuldverhältnis*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1989, pp. 377–403.

11. GIERKE, OTTO VON: *Dauernde Schuldverhältnisse*. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Vol. 64, 1914, pp. 355–411.

12. HOFFMANN, Thomas: *Europeanisation of Private Law in Ukraine: Comparisons in the Field of Law of Obligations*, In: KERIKMÄE, Tanel – CHOCHIA, Archil (eds.): *Political and Legal Perspectives of the EU Eastern Partnership Policy*, Springer, Cham, 2016, pp. 181–196.

13. HONDIUS, Ewoud: *Change of circumstances: the Trento project*, In: CASTERMANS, Alex Geert – JANSEN, Kasper J.O. – KNIGGE, Marte W. – MEMELINK, Pauline – NIEUWENTHUIS, Jacob Hans (eds.): *Foreseen and unforeseen circumstances*, Kluwer, Deventer, 2012, pp. 115–133.

14. HONDIUS, Ewoud – GRIGOLEIT, Christoph: *Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, In: HONDIUS, Ewoud – GRIGOLEIT, Christoph (Eds.): *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011, pp. 10–11.

15. JUHÁSZ, Ágnes: *Brexit as a frustrating event? – Reflections by the doctrine of frustration of contract in English law*, In: *European Integration Studies*, 2019/1., pp. 38–49.

16. JUHÁSZ, Ágnes: *A polgári jogviszony tartósságának kérdéséről*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 2019/4., pp. 156–164.

17. JUHÁSZ, Ágnes: *A szerződésmódosítás kérdésköre a magyar polgári jogban*, Wolters Kluwer, Budapest, 2019, pp. 142–182.

18. KHARYTONOV, Yevhen: *Forming the Contemporary Civil Law of Ukraine: Influence of Western and Eastern Traditions of Law*, In: *Law of Ukraine*, 2012/1-2, pp. 205–232.

19. KOKORIN, Ilya – VAN DER WEIDE, Jeroen: *Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The case of embargoes and currency fluctuations (Russian, German and French Approaches)*, In: *Russian Law Journal*, 2015/3., pp. 46–82.

20. KRÜCKMANN, Paul: *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, In: *Archiv für die civilistische Praxis*, 1918/2-3., pp. 157–481.

21. KRÜCKMANN, PAUL: *Einige Bemerkungen zu den „dauernden Schuldverhältnissen“*. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Vol. 66, 1916, pp. 1–17.

22. LARENZ, Karl: *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*, Beck, München, 1957.

23. LOGUSH, Lyubov: *Contract Law in Ukraine*, In: ANSAY, Tuğrul – BASEDOW, Jürgen (eds.): *Structures of Civil and Procedural Law in: South Eastern European Countries*, BWV Verlag, Berlin, 2008, pp. 65–73.

24. LUKÁCS, Nikolett: *A clausula rebus sic stantibus elvének megjelenése a német pandektisták felfogásában*, In: SMUK Péter (ed.): *Az állam és jog alapvető értékei*, Széchenyi István Egyetem Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, Győr, 2010, pp. 322–326.

25. LUTS, V.: *General Characteristics of Law of Contract of Ukraine*, In: *Law of Ukraine*, 2012/5-6, pp. 119–135.

26. LUTS, V.: *Phenomenon of a Contract in Civil Law*, In: Приватне право і підприємництво [Private Law and Business], 2016/16, pp. 50–55.

27. MENYHÁRD Attila: *A szerződés módosítása*, In: OSZTOVITS András (ed.): *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja*, Vol. III, Opten Informatikai Kft., Budapest, 2014, pp. 459–468.

28. MOMBERG, Rodrigo Uribe: *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Intersentia, Cambridge – Antwerpen – Portland, 2011.

29. NOCHTA Tibor: *A gazdasági-pénzügyi krízis válságba sodorja-e a szerződés intézményét? – A jogalkotás, a tudomány és a jogalkalmazás válaszai*, In: AUER, Ádám – PAPP, Tekla (eds.): *A gazdasági világválság hatása egyes jogintézményekre Magyarországon és az Európai Unióban*, Nemzeti Közszerzői Egyetem Budapest, 2016, pp. 179–197.

30. NOCHTA Tibor: *Mennyiben szerződési kockázat a gazdasági válság?*, In: *Jog – Állam – Politika*, 2011/2., pp. 87–97.

31. OERTMANN, Paul: *Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921.

32. OERTMANN, Paul: *Recht der Schuldverhältnisse*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1910, p. 200.; STEINBERGER, Max: *Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge)*, C.F. Bornscheins Buchdruckerei, 1910.

33. OETKER, HARTMUT: *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1994.

34. OGLINDĂ, Bazil: *The Theory of Imprevisión in the Context of the Economic Crisis and the New Romanian Civil Code (NCC)*, In: *Perspectives of Business Law Journal*, 2012/1., pp. 230–255.

35. OOSTERHUIS, Janwillem: *Unexpected Circumstances Arising from World War I and Its Aftermath: Open versus Closed Legal Systems*, In: *Erasmus Law Review*, 2014/2., pp. 67–79.

36. PAPP Tekla: *Gazdasági/üzleti kockázat – mint szerződési körülmény – megítélése a magyar magánjogban és versenyjogban*, In: SZALMA József (ed.):

Magyar Tudomány Napja a Délvidéken, Vajdasági Magyar Tudományos Társaság, Újvidék, 2013, pp. 113–132.

37. PAPP Tekla: *Gazdasági válság – szerződéses viszonyok*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 2011/6., pp. 353–357.

38. POLKINGHORNE, Michael – ROSENBERG, Charles B.: *The Ebola Epidemic and Force Majeure: Expecting the Unexpected*, In: *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 2014/11., pp. 165–178.

39. REITER, Christian: *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 48–78.

40. SCHUSTER Rudolf: *Néhány szó a gazdasági lehetetlenülés kérdéséhez*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 1923/1., pp. 2–4.

41. TÖRÖK TAMÁS: *Tartós jogviszony*, In: *Gazdaság és Jog*, 2000/11., pp. 16–21.

42. WINDSCHEID, Bernhard: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

Information about author:

Dr. **Juhász Ágnes**, PhD
Department for Civil Law
Faculty of Law
University of Miskolc, Hungary

A „CSALÁDI VAGYONJOG” ÉS AMI MÖGÖTTE VAN – A PÁRKAPCSOLATBAN ÉLŐK KÖZÖTTI VAGYONI VISZONYOK A MAGYAR PTK.-BAN¹

Kriston Edit

BEVEZETÉS

A család jogrendszerünk egyik legalapvetőbb eleme, amelynek megítélése sokat változott történelmünk folyamán. Különösen igaz ez a mai társadalomban, ahol a felgyorsult és változó élethelyzetek újszerű megoldásokat, másfajta szemléletmódot követelnek meg. Ennek eredményeképpen a családi kapcsolatok rendszere továbbra is magába foglalja a tradicionális formákat, mint a házasság vagy a szülő-gyermek viszony, ugyanakkor a kor és a társadalom elvárásai alapján az újabb családformák is kivívták helyüket a jogi szabályozásban. A családi élet bensőséges, emocionális viszonyain túl a *gazdasági tényezők* is megjelennek, amelyek a családtagok vagyoni viszonyaira vonatkozó jogi szabályozásban tükröződnek vissza.

A családjogi szabályozás korábban elkülönült jogszabályban, a *házasságról, családról és gyámságról szóló 1952. évi IV. törvényben* (a továbbiakban: Csjt.) volt megtalálható. A *Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény* (a továbbiakban Ptk.) hatálybalépésével viszont megvalósult a joganyag egységesítése, melynek eredményeképpen a családtagok közötti jogviszonyok normaanyaga belekerült a magánjog kódexének számító Ptk.-ba². A korábbi szabályozásról megállapítható, hogy az 1959-es Polgári Törvénykönyv elsősorban a felek között fennálló alapvető vagyoni viszonyokat szabályozta, míg a személyi viszonyok csak másodlagos szerephez jutottak. A Csjt. ezzel szemben inkább a személyi viszonyokra helyezte a hangsúlyt (mint például a házasság, a szülő-gyermek viszony) és a családtagok közötti vagyoni viszonyok minimális jogi

¹ *A tanulmány a Nemzeti Kutatási, Fejlesztési és Innovációs Hivatal támogatásával az NKFI Alapból, a K-124797 számú projekt keretében valósult meg./Project no. K124797 has been implemented with the support provided from the National Research, Development and Innovation Fund of Hungary, financed under the K17 funding scheme.*

² *Weiss Emília* ezt csak annyival egészíti ki, hogy a családjogi jogviszonyok akkor is magánjogi jogviszonynak tekinthetők, ha a korábbi szabályozás nem egészen ezt tükrözte. Itt nem csak a Csjt. és az 1959-es Ptk. elkülönülésére gondol, hanem arra is, hogy 1959-ig a polgári jog hagyományos jogviszonyai a szokásjogon alapultak, míg ezzel egyidejűleg már írott törvény szabályozta a házassági jogot, illetve a gyámságot. – *Weiss Emília: Az új Polgári Törvénykönyv és a családjogi viszonyok szabályozása. Polgári Jogi Kodifikáció 2000/2. szám 4.o.*

szabályozást nyertek³. Ez azonban a Ptk. hatálybalépésével és a családjogi normák inkorporálásával jelentősen megváltozott és a két terület közötti különbség egyre inkább eltűnt.

A családjogi szabályozás felépítése nem sokat változott a Ptk. hatályba lépésével. Továbbra is megmaradt a joganyag *kettőssége*, ami abban nyilvánul meg, hogy a családtagok közötti jogviszonyokat két csoportba sorolhatjuk. Az egyikbe tartoznak a családtagok közötti személyi viszonyok, a másikba pedig a családtagok között fennálló vagyoni viszonyok.

A vagyoni viszonyok tekintetében a szabályozás számos eleme átvételre került, amit a sokéves jogalkalmazói megfontolásokkal, elvekkel egészített ki a jogalkotó, valamint új elemek is megjelentek. A vagyoni viszonyok szerkezete duális felépítésű maradt, a szabályanyagot továbbra is a nagyfokú diszpozitivitás jellemzi. Ennek folyományaként a jogalkotó a felek magánautonómiájának garantálása érdekében a szerződéses vagyonrendezést helyezi előtérbe, illetve tekinti elsődlegesnek, és csupán ennek hiányában teszi kötelezővé a Ptk. szabályainak alkalmazását⁴.

A családtagok közötti vagyoni jogviszonyok sokfélék lehetnek, a tanulmányban ugyanakkor kizárólag a jogilag szabályozott párkapcsolati formák vonatkozásában kerül bemutatásra a családi vagyonjog magyar rendszere.

1. A családtagok közötti jogviszonyok a Ptk.-ban

Acsaládjogviszonyfogalmának tartalmát mindenkor i családsztruktúra határozta meg. A korabeli társadalmi elvárásokhoz igazodóan a házasság és a leszármazás azon tényezők közé tartozott, amelyek hiányában nem beszélhetünk jogi értelemben vett családról. Ez a hagyományos megközelítés nagyon sokáig domináns volt a jogrendszerben, azonban a polgárosodás folyamata és a társadalmi szemléletváltozás egyértelmű hatásaként jelentős változások történtek a jogi szabályozás területén. Az első kísérlet hazánkban a Kúria gyakorlatában történt, amikor 1906-ban a 79. számú teljes ülési döntvényében elismerte a törvénytelen gyermek öröklési jogát anyja hagyatékában a törvényes leszármazóké mellett. A bíróságok azonban a későbbiekben meghátráltak és nem tartották kívánatosnak ezen gyakorlat fenntartását⁵. 1919. március 25-én kelt

³ WEISS i.m. 4-5.o.

⁴ Ptk. 4:34. § (1) és (2) bekezdés.

⁵ PAP Tibor: A házasságon kívüli leszármazásra vonatkozó jogalkotás fejlődése, *Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata tanulmányosorozat*, Pécs, 1965. 4.o.

az a VII. számú rendelet, amely leszögezte, hogy: „a magyarországi Tanácsköztársaság törvénytelen gyermekeket nem ismer”⁶, megszüntetve ezzel a korábbi megkülönböztetést. Egy évvel később azonban ismét visszalépés következett, az 1920. évi I. törvény 9. §-a eltörölte a rövid életű rendelkezést, így ismét visszaállt a törvényes és törvénytelen leszármazók kettőssége. A problémát végérvényesen az 1946. évi XXIX. törvény oldotta meg. Ez a jogszabály nem tett különbséget a gyermekek jogállása között attól függően, hogy házasságból vagy azon kívül származtak⁷.

A családjogi jogegységesítésben a következő mérföldkő a házasságról, családról és gyámságról szóló 1952. évi IV. törvény megalkotása volt, amely a jelenleg hatályos Polgári Törvénykönyvünk, a 2013. évi V. törvény hatályba lépéséig majdhogynem egységesen szabályozta a családjogi viszonyokat. Ez az egység 1977-ben bomlott meg, ugyanis az 1959. évi IV. törvénybe⁸ ekkor került be a de facto élettársak vagyoni viszonyait szabályozó normaanyag. A szabályozástörténet utolsó mozzanata a bejegyzett élettársak helyzetének rendezése volt. 2007 decemberében fogadta el az Országgyűlés az első jogszabályi tervezetet a bejegyzett élettársi kapcsolat jogintézményéről, az Alkotmánybíróság azonban megsemmisítette ezt a normaanyagot. Némi átdolgozás után 2009-ben új jogszabály született meg az azonos neműek házassághoz hasonló jogállását biztosító bejegyzett élettársi törvény (2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról, a továbbiakban Bék. törvény), amely mind a mai napig hatályban van kiegészítve a Ptk. szabályozását⁹.

⁶ PAP i.m. 7.o.

⁷ Ahogy a törvény 1.§ -ban is megfogalmazta a jogalkotó: „A jelen törvény célja az, hogy az emberi egyenlőség eszméjének szolgálatában a családi jogállás egyenlőségét is a származástól függetlenül az élet minden vonatkozásában minél teljesebben érvényesítse. Ehhez képest a jelen törvény erejénél fogva a törvényes és törvénytelen származás megkülönböztetése megszűnik.” - 1946. évi XXIX. törvény a házasságon kívül született gyermek jogállásáról 1.§.

⁸ 1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről (a továbbiakban: 1959-es Ptk.).

⁹ Lásd részletesen: KRISTON Edit: A család fogalma a társadalmi innováció sűrűjében, különös tekintettel a jogi és szociológiai megközelítésre. Publicationes Universitatis Miskolcensis Series Juridica et Politica 2018/2. szám 396-407.o.

A jogirodalom álláspontja¹⁰ egységes ma is atekintetben, hogy a családjog a családi viszonyokat szabályozó normaanyag összességét jelenti. Hatályos jogunkban a családi kapcsolatok legfőbb forrása a Ptk. Negyedik Könyve, az ún. Családjogi Könyv (a továbbiakban: CsJK). A CsJK tartalmazza a házasságra vonatkozó szabályokat, a de facto élettársak meghatározott csoportjára alkalmazandó normaanyagot, illetve a rokonság és a gyámság kérdéskörét. Mindebből arra a következtetésre juthatunk, hogy rendszertani megközelítésben az alábbi személyek közötti viszonyt kell családnak tekintenünk:

- azon felek kapcsolatát, akik egymással házasságot kötöttek,
- azon de facto élettársakat, akik között az élettársi kapcsolat legalább egy éve fennáll és a kapcsolatukból gyermek származik,
- azon felek kapcsolatát, akik egymással a CsJK értelmében rokoni kapcsolatban állnak,
- a kiskorú és a gyám között fennálló kapcsolatot.

E rendszertani megközelítés hibája azonban abban rejlik, hogy nem fed le minden társadalmi kapcsolatrendszer a szabályozás. Azon de facto élettársak ugyanis, akik között fennáll maga az élettársi kapcsolat, ugyanakkor nincs közös gyermekük, nem tartoznak a CsJK tárgykörebe, ezáltal rendszertani szempontból a köztük fennálló jogviszonyt nem tekinthetjük családjogi jogviszonynak.

Hasonló a helyzet a bejegyzett élettársak esetén, hiszen, ha megvizsgáljuk a CsJK-t, konkrét normaszöveggel a vonatkozásukban nem találkozunk. Ez az állítás azonban nem teljesen helytálló, mert bár a bejegyzett élettársi kapcsolat továbbra is az említett külön törvényben nyer szabályozást, ugyanakkor a törvény 3. §-a úgy fogalmaz, hogy megfelelően alkalmazni kell:

- a házasságra vonatkozó szabályokat a bejegyzett élettársi kapcsolatra,
- a házastársra vagy házastársakra vonatkozó szabályokat a bejegyzett élettársra vagy bejegyzett élettársakra,

¹⁰ „A családjogi viszonyok alkotmányos tételei a Ptk. családjogi könyvében konkretizálódnak”. – BARZÓ Tímea: *A magyar család jogi rendje*. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2017. 30.o.

„A családjogot hagyományosan a magánjog részének tekintjük...A közel 15 évig tartó kodifikáció eredményeként végül megszületett, és 2013. február 26-án kihirdetésre került az új Polgári Törvénykönyv, mely Negyedik Könyvként foglalja magában a családjog anyagát, Családjogi Könyv elnevezés alatt.” – HEGEDŰS Andrea: *Polgári Jog- Családjog*. R.I.M.Á.K. Kiadó, Szeged, 2017. 13. és 15.o.

„A családjogi jogviszonyokat rendező normákat – 2014. március 15-e óta – a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvénynek... a Családjog címet viselő negyedik könyve tartalmazza, tárgyi értelemben tehát az alapvető szabályokat illetően a családjog a Ptk. 4:1-4:244. §-aiba foglalt rendelkezéseket jelenti.” – FÁBIÁN Ferenc-Szűrősné TAKÁCS Andrea: *Előadásvázlatok a családjog köréből*. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2016. 11.o.

- az özvegyre vonatkozó szabályokat az elhunyt bejegyzett élettárs túlélő bejegyzett élettársára,
- az elvált személyre vonatkozó szabályokat arra a személyre, akinek bejegyzett élettársi kapcsolatát megszüntették,
- a hajadonra, nőtlenre vonatkozó szabályokat arra a személyre, aki még nem volt házas, és bejegyzett élettársi kapcsolatot még nem létesített, és
- a házaspárra vonatkozó szabályokat a bejegyzett élettársakra¹¹.

Mindebből pedig az következik, hogy – a törvény által említett kivételektől¹² eltekintve – *ahol a Ptk. házastársakról rendelkezik, az alatt a bejegyzett élettársakat is érteni kell*. Ebből pedig az következik, hogy a bejegyzett élettársak ugyan *expressis verbis* nincsenek megnevezve a Ptk. rendelkezéseiben, ugyanakkor rendszertani szempontból a köztük fennálló jogviszonyt családjogi jogviszonynak kell tekinteni az utalószabály következtében.

Mindezek alapján megállapítható, hogy a Ptk. rendszere alapján a párkapcsolatban élők, mint családtagok közötti jogviszonyok három típust foglalnak magukban: egyfelől a házastársak közötti jogviszonyokat, másrészt a bejegyzett élettársak között létrejövő jogviszonyokat, végül a de facto élettársak közötti jogviszonyokat.

2. A családtagok közötti vagyoni viszonyok

A családtagok közötti vagyoni viszonyokat a Csjt. elsősorban a házassági vagyonjoggal azonosította, melynek tágabb és szűkebb értelmezésével találkozhatunk a jogirodalomban. Ez alapján a házassági vagyonjog szűkebb értelemben azoknak a jogszabályoknak az összességét jelenti, amelyek egyrészt a házastársak egymás közötti, másrészt pedig a házastársak harmadik személyekkel szemben fennálló külső jogviszonyát szabályozzák mind a házasság időtartamára, mind pedig a házasság megszűnésének esetére. A tágabb értelmezésbe pedig beletartoznak a házastársi vagyonközösséggel, annak megosztásával, a házastársi közös lakás használatával és a házastársi tartás érvényesítésével kapcsolatos igények is¹³. A házassági vagyonjogi per fogalmát a bírói gyakorlat tágan értelmezi. Ebbe a körbe tartoznak ugyanis a házastársi közös vagyon megosztására

¹¹ Bék törvény 3.§ (1) bekezdés.

¹² A Bék. törvény négy fontos kivételt említ: egyrészt a bejegyzett élettársakra nem alkalmazhatóak a házastársak névviselésének szabályai, a bejegyzett élettársak nem fogadhatnak közösen örökbe, nem vehetnek részt emberi reprodukcióra irányuló eljárásban és a bejegyzett élettársi kapcsolat apasági vélelmet sem keletkeztet. - Bék törvény 3. § (2) – (5) bekezdés.

¹³ CSÜRI Éva: A házassági vagyonjog. In: Sári Péterné Vass Margit (szerk.): *A Családjogi törvény magyarázata*. KJK-Kerszöv, Budapest, 2002. 158.o.

és a különvagyontárgyak kiadására irányuló igények, valamint a közös és különvagyoni szerzésre alapított tulajdonjog megállapítására, a házastársi lakáshasznált rendezésére, a házassági vagyoni szerződéssel kapcsolatos jogvitára és a házastársi tartásra vonatkozó igények is¹⁴.

A Ptk. a családtagok vagyoni viszonyainak vonatkozásában a személyi kört illetően jelentős változásokat indukált. A CsJK továbbra is a házassági vagyonjogból indul ki, ennek megfelelően a szerződéses és a törvényes vagyonjog tekintetében a házasulók és házastársak kifejezéseket használja. Utóbbi nem igényel sok magyarázatot, hiszen a Ptk.-ban a házastárs kifejezés a 4:5.§-ának megfelelően házasságot kötött személyek körét jelenti. 2009-ben azonban bevezetésre került a bejegyzett élettársi kapcsolat jogintézménye, amely az azonos nemű párok számára biztosít a házassághoz számos tekintetben hasonló joghatásokat. A szabályozás családjogi státuszt teremt a bejegyzett élettársi kapcsolatot létesítő személyeknek és meghatározza a kapcsolathoz fűződő jogkövetkezményeket. A Ptk. maga viszont nem nevezi meg egyetlen rendelkezésében sem a bejegyzett élettársi kapcsolatot, vagy annak jogkövetkezményeit¹⁵. A Bék. törvény 3. § (1) bekezdése azonban megteremti a kapcsolódási pontokat a két jogszabály között és beépíti a Ptk. rendszerébe a joganyagot. A Bék utalószabályai¹⁶ következtében a bejegyzett élettársi kapcsolat joghatásai – néhány kivételtől eltekintve – megegyeznek a házasság jogkövetkezményeivel, ami alapján a bejegyzett élettársi kapcsolat szintén elfoglalja helyét a családjogi (és természetesen egyéb polgári jogi) jogviszonyokban, egyenrangúvá téve a két jogintézményt. Ebből pedig egyértelműen következik, hogy bejegyzett élettársak vagyoni viszonyaikat szintén szabad megállapodás útján rendezhetik, míg ennek hiányában törvényes vagyonjogukat a házassági vagyonjoggal teljes mértékben megegyező bejegyzett élettársi vagyonjog képezi.

A házassági vagyonjog (és az előbbiekre tekintettel a bejegyzett élettársi vagyonjog) szűkebb értelmezése esetében a személyi hatály részét képezik a házasságkötés (vagy bejegyzett élettársi kapcsolat létesítése) előtt álló párok is. A Ptk. 4:35. § (1) bekezdés úgy rendelkezik, hogy a törvényes vagyoni jogi rendszer az életközösség kezdetével hatályosul akkor is, ha a házastársak (vagy bejegyzett élettársak) a házasságkötést (vagy a kapcsolat létesítését) megelőzően de facto élettársként éltek együtt. Ez a rendelkezés a Csjt.-hez tartozó bírói gyakorlat által kimunkált elv

¹⁴ Pfv. II 20.685/2007.

¹⁵ BARZÓ (2017) 259.o.

¹⁶ Bék törvény 3.§ (1)-(6) bekezdés.

átültetése a jogszabályokba¹⁷, ami az életközösség megkezdéséhez és nem a házasságkötéshez vagy a bejegyzett élettársi kapcsolat létesítéséhez köti e vagyoni jogi rendelkezések alkalmazhatóságát.

Amennyiben az érintettek között a házasságkötés vagy a bejegyzett élettársi kapcsolat létesítése az életközösség megkezdését követően megghiúsulna, úgy a kialakult jogviszony a de facto élettársi kapcsolat szabályai alapján ítélandó meg.

A Ptk. nem csak megtartotta, de ki is bővítette a de facto élettársakra vonatkozó normaanyagot. A de facto élettársi kapcsolat rendszertanilag nem képezi a családjogi szabályozás részét, kizárólag néhány többletfeltétel teljesülése esetén fűződhetnek hozzá családjogi joghatások¹⁸. A de facto élettársak közötti tágabb értelemben vett vagyoni viszonyok szabályozása megosztott, a normák részben a családjogi normák között¹⁹, részben pedig a kötelmi jogi rendelkezések között találhatóak²⁰. A szűkebb értelemben vett vagyoni jogi szabályokat ugyanakkor egységesen a Ptk. Kötelmi Jogi Könyve tartalmazza, azaz ezek a vagyoni viszonyok az eddigiektől eltérően nem rendelkeznek családjogi sajátosságokkal. Ez az állítás rendszertanilag ugyan helytálló lehet, ugyanakkor a normaszöveg vizsgálatával és értelmezésével arra a következtetésre juthatunk, hogy a de facto élettársi kapcsolat vagyoni hatásai összehasonlíthatóak, párhuzamba állíthatóak és ezáltal egy közös terminológia alá vonhatóak a házassági vagyoni joggal.

A de facto élettársak vagyoni jogát szabályozó normák ugyanis – szerkezetüket és részben tartalmukat tekintve – nagy fokú hasonlóságot mutatnak a házastársak és bejegyzett élettársak normaanyagával. Az első szembetűnő hasonlóság, sőt inkább teljeskörű egyezés abban mutatkozik meg, hogy a de facto élettársak vagyoni jogi szabályai is dualista szerkezetűek. A de facto élettársak esetében is a Ptk. a diszpozitivitást érvényre juttatva megteremti a lehetőséget arra, hogy az egymás közötti vagyoni viszonyaikat az életközösségük időtartamára szerződéssel rendezzék²¹. Ennek hiányában az egymással szemben fennálló, illetve külső harmadik személyekkel szembeni vagyoni jogviszonyaikat a Ptk. különböző szakaszokban rendezi.

A normaanyag tartalmi és nyelvtani értelmezése arra enged következtetni, hogy a jogalkotó célja a hagyományos kötelmi jogviszonyoktól eltérő és

¹⁷ lásd részletesen a Legfelső Bíróság 10. számú irányelve.

¹⁸ BARZÓ (2017) 265.o.

¹⁹ Ptk. 4:86-4:95. §.

²⁰ Ptk. 6:515-517. §.

²¹ Ptk. 6:515. § (1) bekezdés, Ptk. 4:91. § és hozzá kapcsolódóan Ptk. 4:204.§ és Ptk. 4:92. §.

inkább a családjogi szabályozáshoz közelebb álló normarendszer kialakítása volt. Ezt támasztja alá, hogy a de facto élettársak vagyoni viszonyait rendező normaanyag nagyon rövid, tömör és rengeteg utalószabályt tartalmaz, ami a házastársak esetén alkalmazandó részletszabályok követését írja elő²².

A de facto élettársak vagyonjogának családjogi jellegét támasztja alá a Ptk. előtti szabályozás és annak értelmezése is. A de facto élettársak közötti szűkebb értelemben vett vagyoni viszonyokat korábban az 1959-es Ptk. rendezte, így a bíróságok is akképpen foglaltak állást, hogy a házasság és a de facto élettársi kapcsolat között elvi különbségek vannak, ami miatt a Csjt. 27. §-a²³ még „*joghasonyszerűség*”²⁴ esetén sem foghat helyt, esetükben ugyanis a kiterjesztő jogalkalmazást a jogviszony eltérő természete és jellege nem tűrte meg. A de facto élettársi kapcsolat 1959-es Ptk.-beli szabályozása ellenére ugyanakkormégis megfigyelhetőek voltak családjogi (a házastársi vagyonközösséghez hasonló) vonások. A de facto élettársak között akkoriban szintén egy szerzeményi közösséget megvalósító vagyonjogi rendszer, az élettársi vagyonközösség érvényesült, ami részleteiben valóban számos ponton eltért a Csjt. 27. §-beli szabályozásától²⁵, mégis hasonló elvi alapokkal rendelkezett. A de facto élettársak között ugyanis az együttélés ideje alatt ugyanolyan dologi hatályú szerzés történt, akárcsak a házastársak esetében.

A korábbi és a hatályos normaanyag tartalmának elemzése tehát azt támasztja alá, hogy a de facto élettársak vagyoni viszonyai – bár a Kötelmi Jogi Könyvben találhatóak – a családtagok közötti vagyoni viszonyok szerves részét képezik. Ezt meghaladóan fontos kiemelni, hogy a de facto élettársak esetében is a szabályozás részét képezi a lakáshasználat, valamint a de facto élettárs tartásának normaanyaga²⁶.

²² például Ptk. 6:515. § (2)–(4) bekezdés, Ptk. 6:516. § (4) bekezdés.

Itt hívnánk fel a figyelmet ismételten arra is, hogy a Ptk. megalkotása és előkészítése során szinte az utolsó pillanatig a családjogi szabályozás körében kívánták elhelyezni a de facto élettársi szabályozást. Erre utal többek között az utalószabályok alkalmazása is.

²³ Csjt. 27. § (1) A házasság megkötésével a házastársak között a házassági életközösség idejére házastársi vagyonközösség keletkezik. Ennek megfelelően a házastársak osztatlan közös tulajdona mindaz, amit a házassági életközösség ideje alatt akár együttesen, akár külön-külön szereztek, kivéve azt, ami valamelyik házastárs különvagyonához tartozik.

(2) A házasulók a házasságkötés előtt, valamint a házastársak az egymás közötti vagyoni viszonyaikat – a házassági életközösség tartamára – szerződéssel rendezhetik. A szerződésben e törvény rendelkezéseitől eltérően határozhatják meg, hogy mely vagyon kerül a közös, illetőleg a különvagyonba.

²⁴ CSÚRI Éva Katalin: *A házassági vagyonjog gyakorlati kérdései*. Complex Kiadó, Budapest, 2006. 46–47.o.

²⁵ Lásd részletesebben: CSÚRI (2006) 47-48.o.

²⁶ Ptk. 4:92. § - 4:95. § és 6:517. §.

Mindebből az a következtetés vonható le, hogy a Ptk. szabályozási környezetében a párkapcsolati formákat figyelembe véve a családtagok közötti tágabb értelemben vett vagyoni viszonyok *három* nagy csoportját különíthetjük el:

1) Egyfelől a házastársak között létrejövő *házassági vagyonyjogot*, amelynek részét képezik a felek közötti, valamint harmadik személyekkel szemben fennálló szűkebb értelemben vett vagyoni viszonyok, valamint a házastársak lakáshasználati és tartási jogviszonyai.

2) Másrészt a bejegyzett élettársak esetében érvényesülő *bejegyzett élettársi vagyonyjogot*, amely az érintett személyek közötti, illetve ezen felek külső harmadik személyekkel szemben fennálló szűkebb értelemben vett vagyoni viszonyait, a bejegyzett élettársak lakáshasználatát és tartási jogviszonyait foglalja magában.

3) Harmadrészt a de facto élettársi kapcsolatban élő személyek közötti *de facto élettársi vagyonyjogot*, amely a felek egymás közötti, valamint külső harmadik személyekkel szemben fennálló szűkebb értelemben vett vagyoni jogviszonyait, a de facto élettársak lakáshasználatát és tartási jogviszonyait öleli fel.

A családi vagyonyjog szűkebb értelmezési körébe pedig az alábbi jogviszonyok sorolhatóak:

1) a házastársak esetében a Ptk. 4: 37. § – 4:75. § szerinti törvényes, valamint szerződésen alapuló vagyonyjogi jogviszonyok,

2) a bejegyzett élettársak között létrejövő és ugyancsak a Ptk. 4: 37. § – 4:75. § alapján szabályozott törvényes és szerződéses vagyonyjogi jogviszonyok, illetve

3) a de facto élettársakra vonatkozó, a Ptk. 6:515-6:516. §-ban található törvényes és szerződéses jogviszonyok.

3. A családi vagyonyjog fogalmi meghatározása

Ha összevetjük az 1. fejezetben található, családi jogviszonyokra vonatkozó megállapításokat az előző fejezetben részletezett vagyonyjogot érintő változásokkal, akkor leegyszerűsítve az a megállapítás tehető, hogy a családi vagyonyjog az érintettek közötti vagyonyjogi kérdések rendezését jelenti. Mindenképpen speciális jogviszonyokról van szó, amelynek főbb jellemzői az előzőekben vizsgált megállapításokhoz kapcsolódnak. Tekintettel arra, hogy a jogilag védett párkapcsolati formák közül a házasság a legrégebben kodifikált forma, ezért a házassági vagyonyjog a legkidolgozottabb fogalom a jogirodalomban. A házassági vagyonyjog emellett részét képezi a családi vagyonyjognak

is, így az elemzés és a fogalomalkotás kiindulópontját is ennek kell képeznie.

Szigligeti Viktor megközelítésében házassági vagyoni jog alatt azokat a jogszabályokat „szokás összefoglalni, amelyek a házastársaknak egyfelől egymással, másfelől harmadik személyekkel szemben fennálló vagyoni viszonyait szabályozzák, mégpedig nemcsak a házasság fennállásának időtartamára, hanem a házasság megszűnésének esetére is”²⁷. *Kolosváry Bálint* szerint a házassági vagyoni jog olyan jogszabályokat foglal magában, melyek a házastársaknak egymással és a házasságon kívül álló (harmadik) személyekkel szemben létrejövő vagyoni viszonyai felől rendelkeznek „még pedig a nem csak arra az időre a míg a házasság fennáll, hanem a házasság felbontásának esetére is”²⁸. Hasonlóképp vélekedik *Petrik Ferenc*, aki szerint a házassági vagyoni jog azoknak a jogszabályoknak az összessége, amelyek a házastársak egyfelől egymás közötti, másrésztől kifelé – harmadik személyekkel szemben – fennálló vagyoni viszonyait szabályozzák mind a házasság időtartamára, mind pedig a házasság megszűnésének esetére²⁹.

Bármely fogalmi megközelítést is vizsgáljuk meg, megállapítható, hogy a definíciók mindegyikében négy azonos elem található. Ezek a következők:

- 1) a vagyoni jog egy adott időszakban fennálló jogviszonyokat rendező, elkülönített *normaanyag összessége*;
- 2) fontos a *jogviszony alanyainak* tisztázása, azaz, hogy a jogviszony mely jogalanyok között fejt ki joghatást;
- 3) lényeges a jogviszony *célja*, ami egyértelműen a *vagyoni jogi viszonyokat* foglalja magában;
- 4) végül nélkülözhetetlen az *időbeliség* kérdése, azaz, hogy a felek között mikor fejtenek ki joghatást a normák.

E négy kérdéskör elemzése és tisztázása elvezethet ahhoz, hogy a mai társadalmi viszonyokhoz igazodó családi vagyoni jog fogalma meghatározható legyen.

Az 1) pont nem igényel részletes magyarázatot, hiszen valamennyi jogilag elismert párkapcsolati forma rendelkezik a szűkebb és tágabb értelemben vett vagyoni viszonyokat szabályozó speciális normaanyaggal a Ptk.-n belül. Szintén valamennyi formára igaz, hogy a jogalkotó

²⁷ SZIGLIGETI VIKTOR: *Házassági vagyoni jog*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1959. 5.o.

²⁸ KOLOSVÁRY BÁLINT: *Házassági vagyoni jog*. Grill Károly Cs. És Kir. Udvar. Könyvkereskedése, 1898 5.o.

²⁹ PETRIK FERENC: *A családjogi törvény magyarázata*. I. kötet, KJK-Kerszöv., Budapest, 1988. 271.o.

a felek magánautonómiáját helyezi előtérbe, kiindulva abból az elvi megállapításból, hogy a párkapcsolati forma megválasztása a felek szabad, önkéntes és befolyásmentes akaratelhatározásán alapszik, így a vagyoni jogkövetkezémenyeknek is elsősorban a választásuk szerint kell alakulnia³⁰. Következésképpen valamennyi esetben a felek általi szerződéses jogrendezést helyezi előtérbe a jogalkotó és csak ennek hiányában kerülnek alkalmazásra a szintén valamennyi esetben meglévő diszpozitív normák. *A családi vagyonjog tehát a Ptk.-n belüli, elkülönített jogszabályok összessége.*

A 2) pont a *jogviszony alanyainak* tisztázását követeli meg. Vitathatatlan, hogy bármely párkapcsolati formáról is legyen szó, a joghatásoknak két iránya lehet. Az egyik a befelé, a párkapcsolatban élő felek belső jogviszonyában ható irány, aminek tipikus megjelenési formája az érintettek közötti tulajdonjogi és hozzá kapcsolódó egyéb vagyonjogi kérdések tisztázása, mint a tartás vagy a lakáshasználat. Ezen túlmenően azonban szintén gyakori a belső jogviszonyban ható kötelmi jogi jogviszonyok fennállása³¹.

A jogviszony alanyai azonban lehetnek kívülálló, harmadik személyek is, hiszen a házastársak, bejegyzett élettársak vagy de facto élettársak jelentős szereplői az üzleti életnek, így akár együttesen, akár külön-külön részt vesznek ilyen jogviszonyokban.³² A részvételük azonban a családi vagyonjog körében tisztázandó jogkérdés.

A házassági vagyonjog *tágabb értelmezésébe* beletartoznak a tartási és lakáshasználati jogviszonyok is, viszont ilyen esetekben érintettek lehetnek a jogviszonyban a felek tartásra jogosult vagy kötelezett rokonai.

Mindezek alapján tehát *a családi vagyonjog személyi hatálya kiterjed a házastársak, bejegyzett élettársak, valamint a de facto élettársak egymás*

³⁰ Kőrös András: A családjog jövője: Az új Ptk. Családjogi könyve – a 2013. évi V. törvény és a Szakértői Javaslát összevetése; Első rész: Alapelvek, Házasság, Élettársi kapcsolat; *Családi Jog* 2013/3. szám 81.o.

³¹ Ilyen például, ha a házastársak, bejegyzett élettársak vagy de facto élettársak egymással szemben ajándékoznak, kölcsönszerződést kötnek, tartási megállapodást kötnek stb.

³² A korai magyar magánjog sokáig ragaszkodott a jogviszonyok „kétszemélyességéhez” értve ez alatt, hogy a jogosult és a kötelezeten kívül mást nem tekintettek az adott jogviszony alanyának. Grossschmid Béni maga jegyzi meg, hogy a kötelelem „*azon jogi jelenség... minden olyan helyzet... amely szerint egyik személy a másik által jogilag szorítható arra, hogy valamit megtegyen vagy abbahagyjon.*” – GROSSCHMID Béni: *Fejezetek kötemi jogunk köréből*. Második kötet - második rész. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1932. 1240.o.

Később a relatív szerkezet bomlásával foglalkozik például Eörsi Gyula: *A szocialista polgári jog alapproblémái*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1965 164-165.o. vagy NOVOTNI Zoltán: A kétszemélyes relatív szerkezet szétbomlásának jelei kötelmi jogunkban. *Jogtudományi Közöny* 1983/11. szám 688-698.o.

közötti belső jogviszonyára, illetve az érintetteknek harmadik személyekkel szemben fennálló külső jogviszonyaira egyaránt.

A 3) pont a *jogviszony célját* jelöli meg, ami szintén valamennyi párkapcsolat vonatkozásában értelmezhető fogalmi elem. A vagyoni jogviszonyok ugyanis valamennyi, a 2) pont kapcsán értelmezett jogalany vonatkozásában létrejöhetnek és ezek a jogviták igénylik a hagyományos értelemben vett dologi és kötelmi jogi szabályoktól való megkülönböztetést. Ebből adódóan – bár a de facto élettársak vagyoni viszonyai részben a Kötelmi Jogi Könyvben kerültek rendezésre, mégis – egységként kell kezelni ezeket a jogviszonyokat. Ennek értelmében *a családi vagyoni jog mind a házastársak, bejegyzett élettársak és de facto élettársak belső jogviszonyában, mind a harmadik személyekkel szemben fennálló külső jogviszonyukban a vagyoni jogviszonyok rendezését szolgálja.*

A 4) pont az *időbeliség* vizsgálata, ami részletesebb elemzést érdemel. A házassági vagyoni jog esetében egyértelműek a korábbi jogirodalmi álláspontok, miszerint a házasság fennállásának idejére irányadóak a normák, valamint a házasság megszűnésének esetén is rendezhetik a felek közötti jogviszonyt³³. Erre azonban rációfól némileg a Csjt. korábbi bírói gyakorlata, illetve a Ptk. 4:35. § (1) bekezdése, ami az életközösség fennállásának idejére jelöli meg a törvényes vagyoni jogi szabályok alkalmazhatóságát. Ebbe ugyanis beletartozik a házasságkötést vagy bejegyzett élettársi kapcsolat létesítését megelőző de facto élettársi együttélés is, amennyiben azt házasságkötés vagy bejegyzett élettársi kapcsolat létesítése követi. Mindazonáltal a de facto élettársi kapcsolat fogalmi elemeiből is levezethető az életközösség, hiszen a jogalkotó a 6:514. §-ban kifejezetten nevesíti a de facto élettársak közötti életközösséget, mint a felek közös háztartásban, érzelmi és gazdasági közösségben megvalósuló együttélését. Ez a meghatározás – ahogy korábban részletesen elemzésre került – számos elemében egyezést mutat a házassági életközösség bírói gyakorlat által kimunkált meghatározásával. Ezek alapján tehát egyértelmű, hogy bármely családi kapcsolatról legyen is szó, a vagyoni jogi szabályok érvényesülésének kezdő időpontja az *életközösség megkezdésével* azonosítható.

Mindebből logikusan következne, hogy az életközösség megszűnése kellene, hogy jelentse a jogviszonyok végét. A szűkebb értelemben vett vagyoni jogi szabályozásban házastársaknál (és bejegyzett élettársaknál) egyértelmű, hogy a házastársi (és a bejegyzett élettársi) vagyoni közösség

³³ Példaként említhető a házasság, illetve a bejegyzett élettársi kapcsolat felbontása vagy a de facto élettársi kapcsolat megszűnése során igényelt tartás, amely az életközösség, sőt maga a házasság megszűnése után valósít meg fennálló jogviszonyt a felek között.

az életközösség végleges megszűnésével maga is megszűnik³⁴, ami azt eredményezi, hogy a felek között a továbbiakban nem érvényesül a közös szerzés véelme. Ez alapján minden, amit az életközösség megszűnése után szereznek a felek, az a polgári jogi értelemben vett közös vagy kizárólagos tulajdonukba kerül, a tartozások pedig azt a felet fogják terhelni, aki a kötelezettséget vállalta. Ebből adódóan a vagyonközösség megszűnését követően szerzett vagyonnal az érintettek önállóan rendelkeznek, szabadon köthetnek szerződéseket és egymás ügyeleiért a továbbiakban nem felelnek³⁵. Ez alól egyetlen eset jelent kivételt, még hozzá a vagyonközösség fennállása alatt megszerzett és közös vagyont képező vagyonelemek feletti kezelési és rendelkezési jog gyakorlása, amire a házassági (és bejegyzett élettársi) vagyonjog speciális szabályai vonatkoznak³⁶.

A de facto élettársi kapcsolat esetében is hasonló a helyzet, maga a kapcsolat és a hozzá kapcsolódó vagyonjogi joghatások az életközösség megszűnésével érnek véget, a felek között létrejött vagyonszaporulat és annak megosztása azonban már problémákat vet fel. Az ugyanis egyértelmű, hogy a felek önálló vagyonszerzők³⁷ az együttélésük alatt, amiből egyértelműen következik az önálló, szabad rendelkezési jog gyakorlása³⁸. A problémát a de facto élettársak között létrejövő vagyonszaporulat képezi, nincs ugyanis speciális szabály az élettársi kapcsolat megszűnése és a vagyonszaporulat megosztása közötti időszakra, amiből az következik, hogy az életközösség megszűnése az élettársi vagyonjog szabályainak alkalmazhatóságát is egyértelműen megszünteti.

Az időbeliség kérdését szintén jelentősen befolyásolják a különböző párkapcsolati formákban élők közötti, az *életközösség megszűnése* után felmerülő *vagyonmegosztási kérdések*, amelyek a közös vagyonra vagy de facto élettársak esetében a vagyonszaporulatra vonatkoznak.

Ezt meghaladóan a tágabb értelemben vett vagyonjogba tartozó lakáshasználatra és tartásra vonatkozó normák minden párkapcsolati forma esetében elsősorban az életközösség megszűnését követően rendezik a felek viszonyát³⁹.

³⁴ Barzó (2017) 154.o.

³⁵ CSŰRI Éva: *Házassági vagyonjog az új Ptk-ban*. Opten Kiadó, Budapest, 2016. 199.o.

³⁶ Ptk. 4:47. §.

³⁷ Ptk. 6:516. §.

³⁸ BARZÓ Tímea – KRISTON Edit: Gondolatok a közszerzeményi rendszerben rejlő ellentmondásokról. *Miskolci jogi Szemle* 2018/1. szám 31–34.o.

³⁹ Ez nem jelenti azt, hogy az életközösség fennállása alatt nem rendezhető a lakáshasználat és a tartás, leggyakrabban azonban ezek a jogintézmények akkor válnak jogvita forrásává, amikor a felek között megszűnt az életközösség.

Az eddig leírtakat azonban jelentősen befolyásolhatja és akár felül is írhatja a családtagok közötti vagyoni jogi megállapodások időbeli hatálya, a felek közötti vagyoni jogi szerződésekben ugyanis a rendelkezések időbeli alkalmazhatóságát főszabály szerint szabadon állapíthatják meg a felek⁴⁰.

Mindebből az következik, hogy *a családi vagyoni jog – a felek eltérő rendelkezésének hiányában – a házastársak, bejegyzett élettársak és de facto élettársak között fennálló életközösség idejére, valamint a házasság, a bejegyzett élettársi kapcsolat vagy de facto élettársi kapcsolat megszűnésének esetére szabályozza a felek jogviszonyát.*

KONKLUZÍÓ

A vizsgált négy fogalmi elem és a hozzá fűzött részletes elemzés egyértelművé teszi, hogy a családtagok közötti vagyoni viszonyok nem korlátozódhatnak ma már kizárólagosan a házassági vagyoni jog tárgykörére, annál egy sokkal bővebb jogviszonyrendszert ölelnek fel. Ezt támasztja alá az is, hogy a családtagok közötti jogviszonyok köre kiszélesedett az utóbbi időkben és a jogalkotás is ennek megfelelően szélesítette a normarendszert. Az előzőekben kifejtettekre tekintettel a családi vagyoni jog lényege a *párkapcsolati formák vonatkozásában, szűkebb értelemben* tehát a következő definícióval határozható meg:

A családi vagyoni jog azon jogszabályok összessége, ami a házastársak, bejegyzett élettársak és de facto élettársak egymás közötti, valamint harmadik személyekkel szemben fennálló vagyoni viszonyait rendezi – a felek eltérő rendelkezésének hiányában – az életközösség fennállása és a házasság, bejegyzett élettársi kapcsolat vagy de facto élettársi kapcsolat megszűnésének esetére.

ÖSSZEFOGLALÓ

A családtagok közötti jogviszonyok köre számos változáson esett át az utóbbi időkben. A társadalomban végbemenő innováció, valamint a kapcsolódó tudományágak vizsgálati eredményei azt támasztják alá, hogy a család fogalmának tradicionális alapokon nyugvó értelmezése mind a hétköznapokban, mind a jogviszonyokban megrendült. A szociológiai megállapítások nyomán a család fogalma ma már a házasságon és a szülő-gyermek viszonyon túlmutató kapcsolati formákat is magába foglal. E kapcsolatrendszerek értékelése és jogi elismerése nyomon követhető az utóbbi néhány évtized jogalkotásában is, sőt ma már a jogi szabályozás fontos részét képezik. A házasság mellett 2009-ban megjelent

⁴⁰ CsÚRI (2016) 326.o.

hazánkban is a bejegyzett élettársi kapcsolat jogintézménye, illetve a Polgári Törvénykönyv hatálybalépésével a korábbinál jóval részletesebb normarendszert kapott a de facto élettársi kapcsolat.

A családjogban kiemelt jelentősége van a vagyoni jogi kérdések rendezésének, ugyanakkor mind a jogirodalom, mind a joggyakorlat korábban a házastársak között fennálló vagyoni jogviszonyokra helyezte a hangsúlyt. A családi jogviszonyok fogalmi körének változása ugyanakkor szükségszerűen azt eredményezi, hogy a házassági vagyoni jogi keretein túllépve más, jogilag szabályozott párkapcsolati formák esetében is értelmezzük a vagyoni jogot. A tanulmány ugyanakkor igyekezett arra is rávilágítani, hogy a jogilag szabályozott párkapcsolati formák szabályozása nagy fokú hasonlóságot mutat, aminek eredményeképpen célszerű lehet egy közös terminológia alá vonni ezeket a kérdésköröket. Ez a fogalom a tanulmány címében szereplő családi vagyoni jog, melynek pontos meghatározását a konklúziók című fejezet tartalmazza.

IRODALOMJEGYZÉK

1. BARZÓ Tímea: *A magyar család jogi rendje*. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2017.
2. BARZÓ Tímea – KRISTON Edit: Gondolatok a közszerzeményi rendszerben rejlő ellentmondásokról. *Miskolci jogi Szemle* 2018/1. szám.
3. CSŰRI CŰRI Éva: A házassági vagyoni jog. In: Sári Péterné Vass Margit (szerk.): *A Családjogi törvény magyarázata*. KJK-Kerszöv, Budapest, 2002.
4. CSŰRI Éva Katalin: *A házassági vagyoni jog gyakorlati kérdései*. Complex Kiadó, Budapest, 2006.
5. CSŰRI Éva: *Házassági vagyoni jog az új Ptk-ban*. Opten Kiadó, Budapest, 2016.
6. EÖRSI Gyula: *A szocialista polgári jog alapproblémái*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1965.
7. FÁBIÁN Ferenc-Szürösné TAKÁCS Andrea: *Előadásvázlatok a családjog köréből*. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2016.
8. GROSSCHMID Béni: *Fejezetek kötemi jogunk köréből*. Második kötet – második rész. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1932.
9. HEGEDŰS Andrea: *Polgári Jog- Családjog*. R.I.M.Á.K. Kiadó, Szeged, 2017.
10. KOLOSVÁRY Bálint: *Házassági vagyoni jog*. Grill Károly Cs. és Kir. Udv. Könyvkereskedése, 1898.
11. KÖRÖS András: A családjog jövője: Az új Ptk. Családjogi könyve – a 2013. évi V. törvény és a Szakértői Javaslat összevetése; Első rész: Alapelvek, Házasság, Élettársi kapcsolat; *Családi Jog* 2013/3. szám.

12. KRISTON Edit: A család fogalma a társadalmi innováció sűrűjében, különös tekintettel a jogi és szociológiai megközelítésre. *Publicationes Universitatis Miskolcensis Series Juridica et Politica* 2018/2. szám 396–407.o.

13. NOVOTNI Zoltán: A kétszemélyes relatív szerkezet szétbomlásának jelei kötelmi jogunkban. *Jogtudományi Közöny* 1983/11. Szám.

14. PAP Tibor: A házasságon kívüli leszármazásra vonatkozó jogalkotás fejlődése, *Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata tanulmányosorozat*, Pécs, 1965.

15. PETRIK Ferenc: A családjogi törvény magyarázata. I. kötet, KJK-Kerszöv., Budapest, 1988.

16. SZIGLIGETI Viktor: *Házassági vagyoni jog*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1959.

17. WEISS Emília: Az új Polgári Törvénykönyv és a családjogi viszonyok szabályozása. *Polgári Jogi Kodifikáció* 2000/2. Szám.

Information about author:

dr. jur. **Kriston Edit,**

Assistant Research fellow of Civil Law Department

Faculty of Law

University of Miskolc

Miskolc-Egyetemváros, Hungary

EFFECTS OF MIGRATION ON EMPLOYMENT POLICY AND THE COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS

Mélypataki Gábor

INTRODUCTION

The greater population movements and migrations have been cyclically occurring, recurrent motives in the history. These population movements are usually the causes or signs of greater social political changes. It is enough to think about the end of the Roman Ages or even the events of the Hungarian conquest. We are talking about an important element of the processes of a transforming tendency (even it is not a world tendency). Loss and enrichment occurred in these eras at the same time. These phenomena recur during the world history, but always in different scenes.

The causes are often different, however, they had almost the same effects on the affected medium in all eras. We can usually talk about such events, acts and effects that exceed the threshold of the persons concerned, they lose the rest of their connections to the certain country or city temporary or permanently, and then they start off toward a better future. They go forward a place where they suggest (but do not know surely) that the experienced negative effects will not catch them. Although, in these cases, we do not talk about only individual motivations. The individual motivations could be the indicators of the others' individual motivations which may finally cause the community will. Currently it does not matter whether we are talking about a war situation or economic hopelessness, mass psychology works in the same way: a common traumatic experience develops. To such a traumatic experience that can be experienced independently from the mass concerned. The mass may not have influence on it, or they think they do not have influence to face with the trauma. The traumatic experiences, the runaway from hopelessness and the slightly illusory hope of a better life feeds the movements of these masses. We should not refer to only the refugees arriving from Syria, but the European immigrants arriving from the East as well. Due to partly the identity of the examined legal and social situation, and partly some simplifications, I will mark the examined refugees and the immigrants arriving from the East uniformly by the phrase of migrant or immigrant in this current study. I will highlight one or another group where the discussion of the topic requires it.

Some people says migration is a continuously presenting phenomenon, only its level changes by the eras.¹ It seems to be confirmed by the fact that even the European Union itself has found the key of its own competitiveness in promoting migration within its borders by some of its regulations. To be its tool, it created the legal institution of the four fundamental freedoms, including the right to free movement of the employees and later all the persons, and the coordination of the social insurance rules.²

A kind of duality characterizes the European Union from the aspect of migration: opened internal borders but closed external borders. The reason for this can be searched in that Europe took its new role as not an issuer, but a possible target of immigrations in the middle of the XX century.³ The dual policy of the EU can be observed well, which is liberal with the members of the community, but requires serious conditions from the citizens from a third country.

This duality as protectionist policy has worked successfully until recently. Although, recently the pressure on the external borders has increased in such a degree that could not be hold back by the member states, and hundred thousands of immigrants have arrived to the area of the EU from North-Africa and Asia Minor, and mainly to Germany. Because of this, new questions arise both on social and legal side.

The political rhetoric was confused by these people and such voices have raised that can see the solution of the social problems of the aging continent in the masses as future production tools who ensure the currently active generations' later pension by contributions.

Even if we do not deal with that how certain political statements and countries are related to migration, we should examine its effects on a pan-European level, and actually such questions arise that will be in connection with employment and social service systems and their maintenance.

1. Migration waves if they meet

Another important element should be underlined to be able to examine the suggestions above. It is important that currently we are talking about two different migration processes in Europe. One is the migration from

¹ Pócza I. A jelenlegi migrációs hullám okai. URL: <http://www.migraciokutato.hu/hu/2015/09/10/a-jelenlegi-migracios-hullam-okai/>.

² Jakab N. Az Európai Unió szociálpolitikájának alapjai az elsődleges és másodlagos jogforrásokban, avagy az Európai Unió szociálpolitikájának fejlődése. *Publicationes Universitatis Miskolcensis*. Sectio Juridica et Politica, 2007. Tomus 25/1. P. 337–354.

³ Krizsán B. Az Európai Unió és a migráció – Belső szabadság, külső elzárkózottság. *De iurisprudentia et iure publico*. 2008. № 2. P. 2.

the south to the north as mentioned above.⁴ The other is the migration from the east to the west which developed primarily after the regime change. It has been becoming greater after the connection of the new member states since 2004. The effect of this dualism will affect primarily the old member states of the Union, since the target of both migration waves is West Europe. The employment and the social system of the affected countries will get into the crossfires of questions to be answered. The affected countries and the EU will have to face with the sudden labour oversupply on the market, but this will not solve the problems of unemployment. So, the dualism which draws up the increase of brain drain and the unemployment of the citizens at home⁵ will change a little. The practice of brain drain will continue, and it causes employment political problems primarily for those states from where the drain happens.

Conflicts will mainly occur on the saturated labour market. The citizens of the affected country have had to compete only with the East-European immigrants, but now they have to compete with the refugees arriving from Africa as well. Even so, we can talk about a direct and an indirect manifestation of the occurring conflicts. Direct conflicts will develop primarily between the immigrants arriving from the two directions, since they represent the same layer in the affected societies, and the direct competition for the positions will happen between them. The indirect conflict can happen between all the migrants and the citizens. The essence of this conflict may be the stagnation or deterioration of the working conditions achieved. The suddenly increased manpower offer will affect negatively on the achieved collective labour law results, and even on the later negotiations on the wages, since cheaper immigrated manpower can be found easily. But it is also important to understand that the immigrants, arriving from any directions, do not mean an automatic solution for the decreasing the ratio of unemployment in the western countries or even in the EU.

The aboves can be illustrated in the best way through the example of Germany. There are some areas, including Portugal, from where mainly skilled workers arrive, and not the graduates.⁶ In connection with this,

⁴ Besenyő J. Migrációs útvonalak. *Európa és a migráció: tanulmánykötet* / J. Besenyő, P. Miletics, B. Orbán (szerk.). Budapest : Zrínyi Kiadó, 2019. P. 31–64.

⁵ Gellérné Lukács É., Illés S. Migrációs politikák és jogharmonizáció. *Központi Statisztikai Hivatal*. Budapest, 2005. P. 37–38.

⁶ A migráció és a magyar migránsok jellemzői 1999–2011 – Tendenciák és a migránsok profilja a KSH Munkaerőfelmérés adatai alapján, MTA Közgazdasági és Regionális Tudományi Kutatóközpont, Műhelytanulmányok / Á. Czibik et al. MT – DP. 2014. № 4. 25 p. URL: <http://econ.core.hu/file/download/mtdp/MTDP1404.pdf>.

another research highlights that one of the most general characteristic of migration is that three quarter of the emigrants from our country are men, and the half of them are under 35 years-old, nearly half of them are skilled workmen, and with those graduated in vocational secondary education, nearly three quarter of the migrants have qualified secondary degree.⁷

Two, relatively new factors mean the modification of this situation mentioned above. One factor is that the amount of qualified manpower who could emigrate will decrease permanently, since a significant amount of shortage of labour has developed in our country as well. The other is that, in my opinion, there are no data about the qualification of the immigrants arriving from south, so the integration of these people requires greater energy. Naturally, the significant difference which makes difference between the migration arriving from the south or the east also contributes to these. The most significant difference is that migration from the east is voluntary, and its frames are greatly influenced by the right to the free movements provided by the EU and the coordination of social insurance. Migration from the south is primarily a compulsion, which has been caused by the war situation in Syria, so the motivation and the qualification of this personal layer is completely different. But, of course, the statement of a background study made by the UN should also be added, which greatly shades the image: *“Many refugees are unable to get their academic and professional qualifications and past work experience recognized by governments and professional associations due to loss or lack of relevant documentation, no access to formalized processes of certification and accreditation or because of stringent requirements for re-accreditation that might require contact with the authorities of the country of origin, which in the case of refugees is not an option. They might also be unfamiliar with available recruitment, training or job placement services and programs. As a result, many end up being unemployed or underemployed”*.⁸

Of course, motivation and the deepness of integration are connecting topics. Motivation, working and integration are less problematic issues in case of the East-European immigrants, since they arrive from nearly the same culture. In case of the refugees coming from Africa and Asia Minor the motivation is mostly the compulsion mentioned above, which will

⁷ Hárs Á., Simon D. A munkaerő-migráció változása a képezés években Magyarországon – Vizsgálat a Munkaerőfelmérés adatai alapján. Budapesti Munkagazdaságtani Füzetek. BWP. 2015. № 2. 25 p.

⁸ United Nations High Commissioner for Refugees: Menekültintegráció Közép- Európában : Háttéranyag. 12 p. URL: http://www.unhcr-centraleurope.org/_assets/files/content/what_we_do/pdf_hu/promoting_integration/UNHCR-Integration_note-HUN_version-screen.pdf.

influence the level of integration.⁹ The question is whether they want, or they can adapt to a different culture than theirs. Most of the refugees plan to move back to home after the war that can result in a mildly intensive integration process. We should refer to that mainly the situation of the Turkish minority native to Germany has not been completely solved and the integration level imagined by the Germans has also not happened yet.¹⁰

The citizens' wanted/involuntary distinction of the certain country can be an important stop point between the two migrant groups. This origins primarily from the social distrust towards the Islamist immigrants that has been increased more and more by the recent terror attacks. The source of the conflict may be the discrimination of the refugees against the East-Europeans in the labour market, since the society still trusts in them more because of the same culture. So, the livelihood of a significant part of the refugees should be financed by the aid system that could be an additional source of conflicts between the majority society and the refugees.

Nevertheless, the arising problems will globally occur on the level of the EU in an appreciable way, including the employment policy of the EU and the issues of the social law regulation. Are the immigrants really capable to reach positive effect in ensuring the sustainability of the social systems and increasing the EU's competitiveness at least in a medium term? Will they bring back the cost of them as an investment to the budget of the state? These are questions for which we will try to find the answers years later. That's why I will try to underline primarily the effects associated with employment and the social insurance services in the rest of this study.

2. The right to free movement and the issue of employment

The right to free movement is one of the most important entitlements of the EU citizens. This is a directly enforceable entitlement that origins from the fact of the EU citizenship itself. Earlier, this legitimacy was not so unconditional. In the beginning of integration primarily the movement connecting to economic relationships were allowed, for example the free movement of employees.¹¹ This right has reached more wider recognition by

⁹ See more : Bartkó R. Az irreguláris migráció elleni küzdelem eszközei a hazai büntetőjogban. Budapest : Gondolat Kiadó, 2020.

¹⁰ About the topic in details : Löffler B. Integration in Deutschland – Zwischen Assimilation und Multikulturalismus. München : Oldenbourg Verlag, 2011. P. 249–267 ; Additionally, see the analyses of the daily press : Deutsch türken fühlen sich integriert, aber im Abseits. URL: <http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-06/integration-tuerkische-muslime-deutschland>.

¹¹ Blutmann L. Az Európai Uniójoga a gyakorlatban. HVG-ORAC Kiadó. 2014. URL: http://www.tankonyvtar.hu/hu/tartalom/tamop425/2011_0001_548_EUjog/ch11s07.html.

the engrossment of integration, to which a more wider personal range reached the right to free movement. As it has been mentioned, this entitlement is deserved by a citizen of a member state who is also a citizen of the European Union. This is a significant ease for people who live in the 10 new, mainly East-European countries connected in 2004 and the citizens of the latterly connected Romania, Bulgaria and Croatia. By living with their EU right, they can work freely in the whole area of the European Union. They can present on the European labour market by owning the complete entitlement. Although, the right to free movement is not only the right of that the citizens could migrate freely between the countries, but it is a promoting tool of integration which has an important element called legal equality. In this regard, the Court of the European Union represents a significant position that occurs in the case No C-512/13 called Sopora case as well.¹²

In case of the other examined personal group, the right to free movement is not automatic, a double or multisided international agreement made by the European Union provides the right to free movement for refugees, asylum seekers, and people getting temporary protection who are exceptionally allowed to stay in a member state due to humanitarian reasons.¹³ That's why it matters whether a person is considered to be a refugee or an economic immigrant. Refugees are characterized by a wider entitlement system than the economic immigrants from the south. The latest ones are redirected to home, from where they have arrived. Nevertheless, a refugee does not have the same rights as an EU citizen. The refugee status is long-lasting, but it is considered to be a relative status, however, it is also true that it could be treated as the anteroom of achieving the EU citizenship with significant restrictions.

In any case, the right to free movement, even someone has it only in a limited form, has significant influence on certain countries' labour market.

On the other hand, if we examine migration, the right to free movement and the labour market together, than we should not deal with only those effects affecting on the recipient countries, but with effects on the "sending country" as well. Of course, these effects change with the personal groups in the study. In case of the refugees, the war in the background country has caused a catastrophic situation, where the employment and humanitarian crisis happen in the same time. There are numerous problems in the background countries of the East-European immigrants as well. Europe without borders provides opportunity for the migration of a significant amount of people,

¹² More details about the case : Prugberger T., Jakab N., Zaccaria M. Az Európai munkajog vázolata. Debrecen : Licium Art, 2016, 30 p.

¹³ Blutmann L. : i. m.

and a lot of them has taken it. A more and more noticeable employment crisis has developed in the background countries. The lack of manpower and unemployment are present at the same time also in Hungary. The lot of migrated professionals and employees departed with the hope of a better livelihood, and the current national employment policy tools are inefficient to decrease it. More Governmental Programs have not succeeded,¹⁴ so, according to the latest news, the promotion of the employment of people arriving from a third country in shortage professions is on the legislators' agenda.¹⁵

3. Coordination of social security systems

Although, the right to free movement itself would not be enough for the migration of greater masses. This process was promoted by the coordination of the social security systems, which was created by the EU legislators as an ordinance. The Coordination Ordinance was born in its first form in 1971. Its public aim was to promote migration inside the EU. Its basic idea was that the employee will move to another country to work if he and his family could feel themselves in relatively the same social security as there from where he had migrated.¹⁶ Accordingly, there are no differences between certain services in the western countries because of the similar standard of living. We are talking about services with increased cost compared to East Europe. This is also true if the Coordination Ordinance contains not the concrete rules, but the “appropriate” connecting principles. The opened borders and social security together are such causes that prompt lot of people to leave their current hopeless situation and start to try their luck.

The above-mentioned statement completely and primarily refers to the East European migrants who maximally take the opportunities provided by the EU. The refugees from the south have arrived primarily not because of the social service system, but because of escaping from the war situation. This changes the situation from the aspect that the personal

¹⁴ One of the best-known programs was the “Gyere haza fiatal!” (Come home, young man).

¹⁵ Béremeléssel és ukrán szakmunkásokkal kezelné az MGYOSZ a munkaerőhiányt. URL: <http://24.hu/fn/gazdasag/2016/06/23/beremelessel-es-ukran-szakmunkasokkal-kezelne-az-mgyosz-a-munkaerohiany/>; Messzmann T., Fedyuk O. Temporary Agency Work as a Form and Channel of Labour Migration in Hungary. URL: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/budapest/14597.pdf>; Bacsó R. A kárpátaljai lakosság otthon maradását segítő magyarországi támogatások hatása a magyarság migrációs hajlandóságának csökkentésében; Glossa Iuridica : jogi szakmai folyóirat. 2019. №№ 3–4. P. 271–284.

¹⁶ Jakab N., Mélypataki G., Szekeres B. A szociálpolitika jogi alapjai a XXI. század társadalmi kihívásainak tükrében. Miskolc : Bíbor Kiadó, 2017. 111. p.; Access to healthcare in cross-border situations / G. Strban (ed.) et al. URL: http://publicatio.bibl.u-szeged.hu/11728/1/FreSsco_AR2016_Cross-borderHC_20170210FINAL.pdf.

scope of the Coordination ordinance defines the beneficiaries wide enough. The range of the beneficiaries include the EU citizen and his family independently from their status, and those third persons, who are legally in the area of the EU. Mostly because of this latest rule it is important to clarify the terms connecting to migration arriving from the south. Those who are considered to be refugees among the arriving people, they and their families are legally in the area of the EU. Although, who are decided to be economic immigrants, they do not get legal residence permission.

Based on the aboves, it automatically prevails in case of people arriving from other EU countries, while in case of people from third countries, one of the conditions is the legal residence, and the other is that their way of life does not affect only one member state. Of course, the latest moment will bring up several questions, such as when such a person or family can be considered to have a way of life that does not affect only one member state. But these questions can arise only if the conditions of legal residence have already been fulfilled. The authorities of the certain member states are not in an easy situation in defining this, since a lot of people have arrived to Europe without papers. We will be able to get an approximate image about the real number of the refugees by the foreigners' office procedures. The effect of the southern migration is delayed from the aspect of coordination.

In regards of the eastern migration, primarily the social insurance systems of the left countries feel the fewer contributors and the more difficult financial viability. These effects will cause the transformation and decrease of the services in a medium and long term. Primarily, pension and pension-like services will significantly transform. The problems of maintaining the system will influence the pay-off between the certain systems for such services as international pension.

CONCLUSIONS

Based on the aboves, migration is such a social phenomenon that generates numerous legally relevant questions on the market of manpower and social services. Of course, the nature of migration determines the questions as well. The questions are different in case of the refugees and the economic immigrants. Of course, it is different in case of persons inside and outside the EU. But one thing is sure: currently all the migration movements are going to the west, so the western member states will meet the problems at first. The secondary and tertiary effects will affect the certain left countries.

The elements of humanitarian law, employment and aid are mixed in the primary questions, and the labour market problems of the East European countries in regards of the secondary effects.

The phenomena are different in the east and west. On the East, the question is the further operation of the social systems in the light of the decreasing active population. On the other hand, the growing active-aged population should be treated on the west besides the appropriate integration processes.

It will be later when the answers will be born, but it is sure that it will significantly influence the current social systems of Europe.

SUMMARY

Migration, as a continuous social phenomenon, is part of European history. The extent of this varies from time to time. The perception of migratory waves varies from time to time. The European Union also has a double standard. It supports intra-EU migration. It treats it as an employment policy issue. And migration from the outside is primarily a foreign policy and humanitarian issue in a large percentage of cases.

REFERENCES

1. Bacsó R. A kárpátaljai lakosság otthon maradását segítő magyarországi támogatások hatása a magyarság migrációs hajlandóságának csökkentésében. *Glossa Iuridica* : jogi szakmai folyóirat. 2019. №№ 3–4. P. 271–284.
2. Bartkó R. Az irreguláris migráció elleni küzdelem eszközei a hazai büntetőjogban. Budapest : Gondolat Kiadó, 2020.
3. Béremeléssel és ukrán szakmunkásokkal kezelné az MGYOSZ a munkaerőhiányt. URL: <http://24.hu/fn/gazdasag/2016/06/23/beremelessel-es-ukran-szakmunkasokkal-kezelne-az-mgyosz-a-munkaerohiany/>.
4. Besenyő J. Migrációs útvonalak. *Európa és a migráció: tanulmánykötet* / J. Besenyő, P. Miletics, B. Orbán (szerk.). Budapest : Zrínyi Kiadó, 2019. P. 31–64.
5. Blutmann L. Az Európai Uniójoga a gyakorlatban. HVG-ORAC Kiadó. 2014. URL: http://www.tankonyvtar.hu/hu/tartalom/tamop425/2011_0001_548_EUjog/ch11s07.html.
6. A migráció és a magyar migránsok jellemzői 1999–2011 – Tendenciák és a migránsok profilja a KSH Munkaerőfelmérés adatai alapján, MTA Közgazdasági és Regionális Tudományi Kutatóközpont, Műhelytanulmányok / Á. Czibik et al. MT – DP. 2014. № 4. 25 p. URL: <http://econ.core.hu/file/download/mtdp/MTDP1404.pdf>.
7. Gelléne Lukács É., Illés S. Migrációs politikák és jogharmonizáció. *Központi Statisztikai Hivatal*. Budapest, 2005. P. 37–38.
8. *Glossa Iuridica* : jogi szakmai folyóirat. 2019. №№ 3–4. P. 271–284.

9. Hárs Á., Simon D. A munkaerő-migráció változása a képezres években Magyarországon – Vizsgálat a Munkaerőfelmérés adatai alapján. Budapesti Munkagazdaságtani Füzetek. BWP. 2015. № 2. 25 p.

10. Jakab N., Mélypataki G., Szekeres B. A szociálpolitika jogi alapjai a XXI. század társadalmi kihívásainak tükrében. Miskolc : Bíbor Kiadó, 2017. 111. p.

11. Jakab N. Az Európai Unió szociálpolitikájának alapjai az elsődleges és másodlagos jogforrásokban, avagy az Európai Unió szociálpolitikájának fejlődése. *Publicationes Universitatis Miskolcensis*. Sectio Juridica et Politica, 2007. Tomus 25/1. P. 337–354.

12. Krizsán B. Az Európai Unió és a migráció – Belső szabadság, külső elzárkózottság. *De iurisprudencia et iure publico*. 2008. № 2. P. 2.

13. Löffler B. Integration in Deutschland – Zwischen Assimilation und Multikulturalismus. München : Oldenbourg Verlag, 2011. P. 249–267 ; Additionally, see the analyses oft he daily press : Deutsch türken fühlen sich integriert, aber im Abseits. URL: <http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-06/integration-tuerkische-muslime-deutschland>.

14. Messzmann T., Fedyuk O. Temporary Agency Work as a Form and Channel of Labour Migration in Hungary. URL: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/budapest/14597.pdf>.

15. Pócza I. A jelenlegi migrációs hullám okai. URL: <http://www.migraciokutato.hu/hu/2015/09/10/a-jelenlegi-migracios-hullam-okai/>.

16. Prugberger T., Jakab N., Zaccaria M.L. Az Európai munkajog vázlata. Debrecen : Licium Art, 2016, 30 p.

17. Access to healthcare in cross-border situations / G. Strban (ed.) et al. URL: http://publicatio.bibl.u-szeged.hu/11728/1/FreSsco_AR2016_Cross-borderHC_20170210FINAL.pdf.

18. United Nations High Commissioner for Refugees: Menekültintegráció Közép- Európában : Háttéranyag. 12 p. URL: http://www.unhcr-centraleurope.org/_assets/files/content/what_we_do/pdf_hu/promoting_integration/UNHCR-Integration_note-HUN_version-screen.pdf.

Information about author:

Mélypataki Gábor,

Ph. D.,

Assistant Professor of the Department of Agriculture
and Labour Law

School of Law

University of Miskolc

Miskolc-Egyetemváros, 3515, Hungary

REFORM OF THE HUNGARIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE WITH SPECIAL REGARD TO RULES OF TAKING EVIDENCE¹

Nagy Adrienn

INTRODUCTION

The Hungarian Parliament has adopted three new procedural acts not so long ago: Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure (hereinafter: Code of Civil Procedure), Act I of 2017 on the Code of Administrative Court Procedure (hereinafter: Code of Administrative Court Procedure) and Act CL of 2016 on Administrative Proceedings, which all entered into force on 1 January 2018. These new procedural acts followed the recodification of many substantive laws such as the Civil Code and the Criminal Code. But this paper aims to give a general overview of the codification of the Code of Civil Procedure, summarize the most important change in the course of civil proceedings and emphasize the new institutions of taking evidence in civil cases.

1. History of the Codification

The Hungarian Government in its Government Decree 1267/2013 (V.17) on Codification of Civil Procedure initiated to start works on a comprehensive modernisation of civil procedural law, namely the Act III of 1952 on the Code of Civil Procedure. The immediate objective of this review was to create a modern civil procedural code corresponding international practice and standards, which ensures effective operation of substantive laws. An additional purpose was, that the new Civil Procedure Code, based on the results of jurisprudence and legal practice, shall regulate civil procedural relations in a perspicuous and coherent manner, attentively to technological achievements, thus making the situation of professionals and citizens seeking for legal advice easier. The role of the new Code of Civil Procedure is outstanding, since the Act V of 2013 on the Civil Code re-regulated substantive civil relations and the strengthening of substantial law falls within the scope of civil procedure code. The original deadline of shaping the text of new

¹ The described article was carried out as part of the EFOP-3.6.1–16–00011 “Younger and Renewing University – Innovative Knowledge City – institutional development of the University of Miskolc aiming at intelligent specialisation” project implemented in the framework of the Szechenyi 2020 program. The realization of this project is supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund.

Code of Civil Procedure, and submitting it to the Government was the fourth quarter of 2016.

Codification works were running multi-threaded, and the most essential elements and results of that can be summarised as follows. The Government on its meeting, took place on 14st of January in 2014, accepted the Conception of New Code of Civil Procedure (hereinafter: Conception), in which it laid down the statutory regulatory objectives and basic principles to be implemented. In May 2015, on the basis of Government Decree 1267/2013 (V. 17) 14, a Working Committee had been set up to draw up the proposal for text of the new Code of Civil Procedure in line with the principles laid down in the Concept. From the October 2015, an Expert Committee was set up within the framework of Ministry of Justice, which shall finalise the text of the new Code of Civil Procedure, make the final decision on uncompleted professional disputes, and discuss professional materials supplied by Working Committees.

After a three-years long preparatory process, The Hungarian Parliament adopted the new Code of Civil Procedure on 22 November 2016. The Code replaced the Act III of 1952 on the Code of Civil Procedure, which served 65 years the basic point of reference for all litigious and non-litigious civil and administrative court cases. The new Code of Civil Procedure shall be applied in civil proceedings initiated on or after 1 January 2018.²

2. Reform of Administrative Court Procedure

The Code of Administrative Court Procedure brought some notable changes. In fact, this Code's existence as a separate act is in itself an innovation, since before the rules of administration litigation were incorporated into the Act III of 1952 on the Code of Civil Procedure.

The Code of Administrative Court Procedure's stated goal is to provide an "unbroken" system of judicial protection, where full review of administrative decisions by the courts is possible in all cases. The Code also foresees a situation where an administrative authority has infringed the law by failing to perform certain actions, rather than by adopting an unlawful decision.

The Code aims to increase the timelessness of administrative proceedings and litigation. It does so, inter alia, by giving courts broader powers to modify administrative decisions rather than just referring the case back to the administrative authority.

² Polgári eljárásjog I / A. Nagy, Z. Wopera (editors). Budapest : Wolters Kluwer, 2017. P. 25–27.

As the final step of the reform of the central administration, the Hungarian Parliament adopted the Act CXXX of 2018 on Administrative Courts. According to the original text, the Act would enter into force on 1 January 2020, but the Parliament postponed its entry into force for an indefinite period. The goal of the new legislation was to “restore the prestige of the administrative courts” which was abolished in 1949 in Hungary. Since then no separate administrative court system existed, it was integrated first into the civil courts, later into the labour courts.

The reason for the separation was that administrative law has a different internal logic compared to the civil law. Government experts expect that the new system will be capable of contributing to the development of administrative law and jurisprudence, and outbalancing the dominant position of the public administration in the litigation proceedings.

The legislation sets up 8 regional administrative courts and the “administrative high court”. According to the reform, each act of the Hungarian administration that has a legal effect can be challenged, but only before the administrative courts. The regional courts proceed at first instance and the high court proceeds on appeal. In some cases however, for example in proceedings concerning referendums and election procedures, the latter proceeds at first instance.³

3. Substantial changes in rules of civil proceedings

The Code of Civil Procedure diverges from the previous system of civil proceedings conceptually, as well as in respect of several general and specific provisions.⁴ It would be difficult to show all of these changes in this paper, therefore we only highlight the changes we deem the most substantial.

3.1. Effective trial – Concentrated procedure

The most important legislative aim of the new Code of Civil Procedure was to reach and protect effective trial in the Hungarian system. This means, that criteria of a concentrated procedure shall be achieved system-wide, from the specific principles of civil procedure over the rules of first instance and remedy. Marks of concentration principle could be evidenced in the following legal institutions.

³ See more : Rozsnyai K. Current Tendencies of Judicial Review as Reflected in the New Hungarian Code of Administrative Court Procedure. *Central European Public Administration Review*. 2017. № 1. P. 7–23.

⁴ Wopera Z. Az új polgári perrendtartás elvi alapjai. *Jogtudományi Közlöny*. 2017. № 4. P. 153–154.

The Code of Civil Procedure has a *chapter for principles*. Only those principles are in this unit, whose have influence over the entire Code, briefly, sentenced, on high level of abstraction, like in the first book of new Hungarian Civil Code.⁵ New principles appear, like concentration of proceedings, the parties' obligation to facilitate the proceedings and speak the truth. The parties increased procedural responsibility in respect of move forward the proceeding, which is one of the pillars of concentrated trial, could be guaranteed by these theoretical rules. But the new Code requires the court to invest oneself in another character, namely by the involvement principle⁶ and *court's duty to manage the case*. This active involvement does not override the right of disposal of the parties, rather it plays an active role in the effective enforcement of their right: the court shall actively contribute to let the parties know what they shall do to close the trial as soon as possible.⁷

3.2. Division of the trial

The rules of first instance in the new Code of Civil Procedure were fundamentally reformed, as division of the trial was introduced. For this it was necessary that the rules of first instance shall prescribe strict deadlines, and expect increased obligations from the parties. In a divided trial the procedure has two parts: preliminary hearing and trial on merits (or main hearing). Preparatory hearing is stressful because of the appropriate preparation for the main hearing: this period is concentrate on setting up the content and frame of the dispute, for which the Law shall provide an exact "scenario" in a mood to ensure the balance between oral and written acts too. Written preparation is followed by an oral hearing where the parties' statements of facts and laws, referrals, motions of proof are recorded, by means of the judge's case management (when required). Preliminary hearing ends with an authorisation to proceed, which has a very important consequence, the preclusion: the court shall exclude the statements and motions of the parties stated after that stage. In its final order the court opens the main hearing, set the hearing on merits, on which only the taking of evidences is obtained.

⁵ Polgári eljárásjog I / A. Nagy, Z. Wopera (editors). Budapest : Wolters Kluwer, 2017. P. 35.

⁶ With a view to ensuring the concentration of proceedings, the court shall, in the manner and using the means specified in this Act, contribute to enabling the parties to perform their procedural obligations : The court's duty to manage the case. Section 6. *Hungarian Code of Civil Procedure*.

⁷ Vitvindics M., Wopera Z. Az új polgári perrendtartás koncepciójának sarokkövei. *Fontes Juris*. 2015. № 1. P. 48.

3.3. The model of professional case management

The model of professional case management rules causes essential changes of the trial of first instance. The Code of Civil Procedure keeps both input levels for the first instance, in line with the solution applied in the vast majority of European civil procedures, but the rules of first instance basically modelled to the regional court, and the different rules applied in district courts seemed to be only derivations of general rules. According to that, main innovation is the introduction of mandatory legal representation in general except in a few cases tried before district courts, where litigants without legal representation are aided by the use of standard forms and templates, as well as the more active role of the judge.

3.4. Reform the rules of remedies

The re-regulation of remedial system had dual objective: let the right to legal remedy guaranteed by international instruments and the Fundamental Law of Hungary prevail, at the same time the regulation shall be in accordance with the strict deadlines of first instance, and do not let delay the proceeding. In this spirit the rules of redress and extraordinary appeals were reformed, in which the minimisation of cases of abolition of judgements had an important role.⁸

3.5. New form of collective claims – Associated actions

The Code of Civil Procedure regulates a new form of collective claims, using an opt-in system, where the court rules on one so-called “representative claim” by a private person. The condition for this is that all claimants must enter into a so-called “collective claim agreement” in which they must regulate the legal relationship between the parties. This type of collective claim can be used in consumer protection cases and certain labour and environmental disputes. In an associated action, *at least ten plaintiffs* may enforce one or more rights, the content of which is identical regarding all plaintiffs (hereinafter “representative right”), provided that the facts serving as grounds for the representative right are substantially identical regarding all plaintiffs (hereinafter “representative facts”), and the court permits the associated action.⁹

⁸ Osztoivits A. The Legal Remedy System of the Hungarian Civil Procedure Code: Changes in the Act on the new Hungarian Code of Civil Procedure. *Hungarian Journal of legal Studies*. 2017. № 1. P. 93–105.

⁹ Subsection (1) of Section 583 of Code of Civil Procedure ; see more : Collective Redress as New Institution of Civil Procedure Code and Its Applicability to Protect Environment / B. Tóth. *Journal of Agricultural and Environmental Law*. 2017. № 23. P. 182–193.

3.6. Electronic communication and using modern technique

In the Hungarian Code of Civil Procedure it is essential to examine the electronic communication and using results of modern technique. These rules have preliminaries because the Act III of 1952 on the Code of Civil Procedure prescribed from 1st of July 2016 the obligatory electronic communication for specific legal entities in legal proceedings, furthermore the audiovisual hearing was embodied as an innovation. These rules also appear in the new Code of Civil Procedure expanding the scope of application.

4. The rules of taking evidence

New institutions were introduced between the rules of taking evidence too. The rules concerning taking evidence were restructured in the Code, abolishing the fragmentation caused by recent legislative amendments and eliminating doctrinal contradictions. For example, the principle of free determination of the facts alternates the principle of freedom of evidences, and the interest in burden of proof changes the term of burden of proof. During the creation of new rules simplification, and raising the results of related jurisprudence to a standard level of norms also played an important role. New legal institutions appear: the situation of incapacity to proof, the rule of unlawful means of taking evidence and the using the results of taking evidence carried out in other proceedings.

4.1. The principle of establishing the factual situation freely

Section 263 of the Code of Civil Procedure rules the principle of establishing the factual situation freely in connection with taking of evidence: unless otherwise provided by an Act, the court shall not be bound by any formal rule or specific method of taking of evidence, or by the use of specific means of producing evidence; for establishing the factual situation. This basically corresponds to the principle of the freedom of proof, however in some exceptional cases the probative force of a means of proof may be defined in advance.

In a free system of evidence it is within the court's discretion to decide what means of proof it is going to use in order to establish the facts and what methods of proof it considers appropriate to apply in the given case. In a free system of evidence the law gives the court discretion to assess the probative force of the individual pieces of evidence.¹⁰

¹⁰ Harsági V. Evidence in Civil Law – Hungary. Maribor, Slovenia : Lex Localis, 2015. P. 15.

The principle of establishing the factual situation freely is broader than the freedom of proof ruled in Code of Civil Procedure of 1952. Party shall prove his presentation and facts during the proceeding; the party's own presentation cannot be evidence. The party's presentation shall be supported by other evidence, if successful, the court may freely use the parties' presentations to establish the facts. The new Code of Civil Procedure thus expresses more firmly that the party's personal statement cannot be assessed as evidence.

In the system of free evidence, there are external limits caused by legal presumptions and fictions, on the other hand, the guarantee rules of methods of taking evidence, and thirdly, the statutory rules which exceptionally require the use of certain methods of taking evidence (for example in actions on custodianship the court shall appoint a psychiatric expert for the examination of the defendant's mental state).¹¹

The absolute limit of the principle of establishing the factual situation freely can be found in Section 264 of Code of Civil Procedure: If the property law consequences of a criminal offence adjudicated with final and binding effect are to be assessed in civil proceedings, the court shall not be entitled to establish in its decision that the convicted person did not commit the crime for which he was convicted; and a court proceeding in a matter falling within the scope of Code of Civil procedure shall be bound by a final and binding decision adopted by an administrative court regarding the legality of administrative activities.

The principle of establishing the factual situation freely is linked to the rule in Section 263 subsection (2) of Code of Civil Procedure: In the course of adopting its decision, the court shall not be bound by any decision adopted by another authority, nor by any disciplinary decision, nor by the factual situations established in such decisions.

4.2. Incapacity to prove

The title of Section 265 of the new Code of Civil procedure is *Interest to prove and incapacity to prove*. The Act III of 1952 on the Code of Civil Procedure did not regulate the situation of incapacity to prove. To understand these rules, it is important to present the principle of the parties' obligation to facilitate the proceedings according to Subsections (1) – (2) of Section 4.

¹¹ Pomeisl A. A tényállás szabad megállapításának elve. Kommentár a polgári perrendtartásról szóló : törvényhez, évi CXXX. 2016 / Z. Wopera (ed.). Budapest : Magyar Közlöny Press, 2017. P. 468–469.

The parties shall bear the burden of presenting the relevant facts of the case and submitting the respective supporting evidence. The parties bear strict responsibility to fulfil these obligations, so it was reasonable to rule the situation of incapacity to prove.¹²

The relevant facts in a case shall be proven by the party having an interest in the fact being accepted by the court as the truth (hereinafter “interest to prove”), and the consequences of not proving or unsuccessfully proving such a fact shall be borne by the same party (unless otherwise provided by an Act). A party shall be considered to be in incapacity to prove, if he substantiates that:

a) the data indispensable for his motion to present evidence are in the exclusive possession of the party with opposing interests, and he certifies that he took the necessary measures to obtain such data;

b) it is not possible for him to prove a statement of fact, but it can be expected that the party with opposing interests will supply evidence of the non-existence of the facts stated, or

c) the success of taking evidence was frustrated due to the fault of the party with opposing interests,

and the party with opposing interests does not substantiate the opposite of those specified in points a) to c).

If there is incapacity to prove, the fact to be proven by the party affected by such incapacity may be accepted by the court as the truth, if it does not have any doubt regarding its veracity.

According to József FARKAS incapacity to prove is signal instance of probability: the party is able to present the relevant facts of the case but not able to submit the supporting evidence, but the relevant facts are supported by other details of the case.¹³

The situation of incapacity to prove occurs rarely in practice just in cases of asymmetric possession of evidence, for example in wrong medical treatment cases.

4.3. Unlawful means of taking evidence

Unlawful means of taking evidence is also a new legal institution in Section 269 of Code of Civil Procedure. Important question: parties are

¹² The rules of incapacity to prove are well-known in German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung). *A törvény hatálya és az alapelvek* / Z. Wopera (ed.). *A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény magyarázata* / Z. Wopera (ed.). Budapest : Wolters Kluwer, 2017. P. 24–27.

¹³ Farkas J., Kengyel M. *Bizonyítás a polgári perben*. Budapest : KJK-KERSZÖV Press, 2005. P. 61–62.

permitted of using secret videos, photos, hacked e-mails etc. in civil proceedings as evidence?¹⁴

The Code of Civil Procedure of 1952 did not formulate generally applicable clauses of using unlawful evidence. Prohibitions were concentrated around the witness statement and expert opinion, but in other areas the lack of general and special prohibitions resulted in uncertainty concerning such illegalities arising out of litigation as for example the stealing of documents or obtaining an electronic letter through unauthorised access to the e-mail system. In the Hungarian legal literature Farkas regarded evidence obtained unlawfully – through the violation of personal rights actually – to be admissible (for example a stolen letter). Székely objected to the admissibility of evidence obtained through the violation of personal rights. Gáspárdy regarded it as part of the ethos of the free evidentiary system that unlawfully obtained evidence could not be used during the action.¹⁵ Kengyel believed that the principle of relativity should be applied to use unlawfully obtained evidence in civil proceedings. This means that the proceeding court shall decide whether the unlawfulness of the evidence is comparable to the act of opposing party in certain case. this discretion cannot be described by rules of an act, but it should be excluded from the scope of the unlawful evidence to commit crimes and violation of personal rights and the evidence thus obtained should not be used under any circumstances.¹⁶

Subsection (1) of Section 269 of the new Code of Civil Procedure determines the concept of unlawful means of taking evidence: A means of proof, or any separable part of it, shall be unlawful and shall not be used in the action, if:

a) it was obtained or produced by violating or threatening a person's right to life and physical integrity (for example defeat the holder of document evidence and remove the document from him);

b) it was produced by any other unlawful method (for example video made in secret);

c) it was obtained in an unlawful manner (for example someone steals the document evidence), or

¹⁴ See more : Grád A. Lesben álló bizonyítás – a titkos felvételek felhasználhatósága a bírósági eljárásban. *Családi Jog*. 2016. № 3. P. 25–31.

¹⁵ Harsági V. Evidence in Civil Law. Hungary, Maribor, Slovenia : Lex Localis, 2015. P. 39.

¹⁶ Farkas J., Kengyel M. Bizonyítás a polgári perben. Budapest : KJK-KERSZÖV Press, 2005. P. 144

d) its submission to the court would violate personality rights (workplace under video surveillance, but the employee does not contribute to the use of video in civil proceeding).

Generally parties are forbidden to use unlawful proof in the civil actions. Parties are absolutely forbidden to use a means of proof, if it was obtained or produced by violating or threatening a person's right to life and physical integrity.

With the exception of the absolutely forbidden case, the unlawful means of proof may be taken into account by the court exceptionally and considering the following circumstances:

- a) the specifics and extent of the violation of law;
- b) the legal interest affected by the violation of law;
- c) the impact of the unlawful piece of evidence on discovering the factual situation;
- d) the weight of other available pieces of evidence, and
- e) all other circumstances of the case.¹⁷

If an unlawful means of proof cannot be used and the party proving a relevant fact in the case cannot prove it in any other way, the court shall apply the rules pertaining to the incapacity to prove.

If the unlawful means of proof was taken into account by the court, the rules of Code of Civil Procedure do not exempt the party from other legal liability. The party shall also take this rule into consideration before proposing using secret video. The party with opposing interests may, for example, initiate civil proceeding by reason of violation of personal rights.

Applying Section 269 of Code of Civil Procedure the Curia's decision BH2015.38 shall be taken into account. In a parental custody case, the secret video filed by the plaintiff – whose purpose was to support the defendant's incapacity for custody – was excluded from the evidence by both the court of first and second instance and the Curia in review proceeding. Referring to the case-law, the Curia has emphasized that secret video should not be excluded from the evidence because it was created in an unlawful manner. However, judicial practice usually requires an additional factual element: secret video can only be used as evidence in civil proceedings if only this means of proof can establish the fact in question. In general, therefore, there is no obstacle for the plaintiff to prove the inability of the defendant to bring up a child by secret video recording. However, this was not the case, the testimony of the witnesses, the opinion of the psychologist's expert, and the personal hearing of the defendant was also suitable for establishing

¹⁷ Subsection (4) of Section 269 of Code of Civil Procedure.

the facts by the court. Therefore, the Curia also exclude the secret video from the evidence.

The Hungarian Constitutional Court has also examined the question of the use of unlawful evidence in civil cases. In Decision No 3312/2017 (XI. 30) the Court came to the conclusion that the assessment of unauthorized e-mail correspondence as evidence does not constitute a breach of the Fundamental Law if the party can only prove that the opposing party planned the unlawful transfer of children abroad.

4.4. Using the results of taking evidence carried out in other proceedings

Several times the same relevant facts shall be proven in different proceedings, for example in criminal, infringement, administrative proceedings ect. Multiplication of the same taking evidence in different proceedings is contrary to the requirement of economic litigation and principle of litigation in reasonable time. For this reason Section 270 of Code of Civil procedure allows the using the results of taking evidence carried out in other proceedings.

The court may use evidence obtained in other proceedings, including statements of fact made by a party in other proceedings, unless the method of taking evidence, apart from the characteristics of those proceedings, is in violation of the provisions laid down in this Act. The court examines, at request, the obstacle to using a piece of evidence, unless it is obvious. If a party is stating that a piece of evidence obtained in another proceeding may not be used, he shall bear the burden of proof in this respect.

A typical example of applying this rule: the party suggests in civil proceeding that the court should take into account the expert opinion made in previous criminal proceeding.

4.5. Reform of expert evidence

Expert evidence rules have also changed significantly. The purpose of the new rules was to create a harmony between the rules of expert evidence and the principles of civil procedure, in particular the principle of free disposition. Another important reason for renewing the rules was that an effective system of expert evidence could facilitate the completion of civil litigation within a reasonable time.¹⁸

Practical problems related to expert evidence should not be sought primarily in the sections of procedural law. In parallel with the codification

¹⁸ Conception of New Code of Civil Pcedure (2014.01.14.). 20 p.

of the Code of Civil Procedure, a reform of the rules governing the operation of judicial experts had been carried out, resulting in the adoption of the Act XXIX of 2016, which came into force in 2017. So the rules of Code of Civil Procedure had to be adapted to the norms regulating renewed expert activity.

The new Code of Civil Procedure did not change the expert's role in civil proceedings compared to the previous law:

- expert evidence is one of the methods of taking evidence;
- expert is one of the means of proof;
- expert opinion is evidence.¹⁹

It is important to emphasize this because, during codification, there was an initiative that would have changed the role of the expert in civil cases and would have qualified it as the assistant of the judge.²⁰

The innovation in expert evidence is that the parties are entitled to provide an expert opinion in two ways: by a party-appointed expert (private expert) or by a court-appointed expert. The new Code of Civil Procedure therefore, it institutionalized the evidence of private experts as the most significant novum of regulation.

The Code stipulated that the opinions of a party-appointed expert and the court-appointed expert have the same evidentiary value. The procedural law does not make any distinction as to the personality of the expert: a party-appointed expert can be the same person as a court-appointed expert.

Party-appointed and court-appointed expert have the same procedural rights and obligations. Although the Code of Civil Procedure imposes additional obligations on party-appointed expert in Section 303, these also serve to provide the basis for opinion on all relevant information as in the case of an opinion of court-appointed expert. There are three fundamental differences between the two methods of expert evidence:

- The court does not intervene in party-appointed expert evidence, the parties have the right to dispose of it, and the Code also puts more demands on the parties in the course of expert evidence than otherwise in general during the proceeding;
- In the case of party-appointed expert evidence, two expert opinions are allowed to be submitted simultaneously for the same subject matter, as party-appointed expert can be used by both parties. This allows for a multi-

¹⁹ Sections 267–268 of Code of Civil Procedure.

²⁰ Aszódi L. Szakértők. *A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény magyarázata* / Z. Wopera (ed.). Budapest : Wolters Kluwer, 2017. P. 403.

facted approach to the expert opinions, so that even the concurrent nature of the evidence acts does not compromise the effectiveness of the proceeding;

– The Code of Civil Procedure sets the order of methods of employing an expert in promoting the effectiveness of proceeding: the employment of a court-appointed expert is only possible if the parties do not want to or not able to employ a party-appointed expert.

The court-appointed expert is a good solution for a party who is unable to provide professional case management which is necessary for party-appointed expert evidence, or who cannot afford a private expert. In certain cases, an act may prohibit the employment of party-appointed expert, for example in non-litigious civil cases or in preliminary taking of evidence.

According to the rules of Code of Civil Procedure, expert evidence is usually carried out as follows. The party presenting the evidence shall file a motion to present expert evidence as early as possible, but generally in preparatory stage of the proceeding. In the motion to present expert evidence the party shall specify the fact to be proven and the method of employing the expert: party-appointed expert or court-appointed expert. If the party moves for the submission of an expert opinion prepared by an expert appointed by him, and the court orders the taking of expert evidence, the opinion of party-appointed expert shall be submitted within the time limit set by the court. There is no need for judicial action on the advance payment of the expert fee, since the party pays the fee directly to the expert. Questions to be answered by the expert are also formulated by the party and presented to the expert. There is no direct communication between the court and party-appointed expert.

If the party files a motion to present party-appointed expert evidence, the opposing party is also entitled to submit an opinion of another party-appointed expert. If the party files a motion to present court-appointed expert evidence, the opposing party is not allowed to mandate a private expert.

Of course, we are not able to undertake to present all the procedural aspects of new rules of expert evidence in this study. The aim of the new rules was to create conditions where high-quality expert opinion can be submitted in a short time. The new Code of Civil Procedure has also attempted to solve the financing problem of judicial experts.

CONCLUSIONS

Since the entry into force of the new Code of Civil Procedure, there has been little time to give a comprehensive assessment of its practical application. The legislator has made systematic change in the rules of civil proceedings to improve the efficiency of litigation.

The first statistics are positive: the number of pending civil lawsuits has decreased significantly: there were 144950 litigious proceedings in progress in 2017, which fell to 109 096 in 2018, this means decrease of 25%.²¹

It should also be added that the number of litigious cases has decreased, lawyers need probably more time to prepare for professional case management. The number of civil proceedings decreased by 20,6% in 2018.²²

Information about author:

Nagy Adrienn,
Ph. D., Associate Professor,
Head of Institute of European and International Law
Faculty of Law
University of Miskolc
Miskolc, 3515, Hungary

²¹ URL: https://birosag.hu/sites/default/files/2019-05/ugyforgalom_2018.ev_szerkesztett_foly_v.pdf.

²² URL: https://birosag.hu/sites/default/files/2019-05/ugyforgalom_2018.ev_szerkesztett_foly_v.pdf.

MORAL RIGHTS OF AUTHORS – AN OVERVIEW WITH SPECIAL REGARD TO THE RIGHT TO INTEGRITY¹

Sápi Edit

INTRODUCTION

Intellectual property law and the legal protection of creators, authors are very closely linked to the protection of individual and persons. According to several authors, the protection of intellectual property itself can be deduced from the protection of the individual and the rights relating to personality.² According to the Hungarian Copyright Act³, the author is entitled to the sum of copyright (moral rights and economic rights) from the time a work is created, which means (s)he is entitled to the moral rights from the moment the work is born. In the Hungarian copyright law, there are three moral rights: the right to publication the work,⁴ the right to indication the author's name⁵ and the right to integrity.⁶

Moral rights of authors are part of the general civil law personality rights. This link is confirmed by the relationship between copyright law and civil law, because the Civil Code⁷ is the background of copyright law relations. Similarly to the personal rights declared in the Civil Code, the copyright law moral rights are sticking to the authors. It is followed by the rule that authors cannot assign or waive their moral rights or have these rights assigned to another person in any other manner.⁸ Despite the abovementioned rules, moral rights of authors are not in full compliance with general personality

¹ The described study was carried out as part of the EFOP-3.6.1-16-2016-00011 “Younger and Renewing University – Innovative Knowledge City – institutional development of the University of Miskolc aiming at intelligent specialisation” project implemented in the framework of the Szechenyi 2020 program. The realization of this project is supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund.

² Tóth P. A közös jogkezelő szervezet által érvényesíthető szankciók köre, különös tekintettel a további jogsértéstől való eltiltás igényére. *Liber Amicorum. Studia Gy. Boytha dedicata* / M. Király, P. Gyertyánfy (ed.). Budapest : ELTE ÁJK Polgári Jogi Tanszék, 2004. P. 316 ; Balás P. Elemér. Szerzői jog. *A magyar magánjog I. Általános rész, személyi jog* / K. Szladics Károly (szerk.). Budapest : Grill Károly Könyvkiadóvállalat, 1941. P. 675 ; Balás P. Törvényjavaslat a szerzői jogról. Budapest : Magyar Jogászegylet Kiadása, 1947. P. 43.

³ Act LXXVI of 1999 on Copyright (henceforward abbreviated as – HCA).

⁴ HCA. § 10 : Authors decide whether their works can be published.

⁵ HCA. § 12.

⁶ HCA. § 13.

⁷ Act V. of 2013 on the Civil Code (henceforward abbreviated as : Civil Code).

⁸ HCA § 9 (2).

rights, because it is a significant difference, that moral rights of authors subsist after the death of the author, furthermore, the right to indication the name of the author survives the duration of copyright protection. It is also a relevant difference, that in copyright law we can not find a “general clause of personality rights”⁹, because only the listed moral rights can be recognized, which can be found in the HCA.

According to the German Copyright Act (UrhG)¹⁰ moral rights of author are also protected (*Urheberpersönlichkeitsrecht*) in the §§ 12–14. Similarly to the HCA, the UrhG lists the right to publish the work (*Veröffentlichungsrecht*)¹¹, the right to designation of name (*Anerkennung der Urheberschaft*)¹² and the right to integrity (*Entstellung des Werkes*)¹³. These central rules relating to moral rights are complemented with the §§ 25, 39 and 42.¹⁴ In the British Copyright Act (CDPA)¹⁵ moral rights can be found in Chapter IV, where it fixes the right to be identified as author or director¹⁶ and the right to object to derogatory treatment of work.¹⁷

An essential problem of moral rights is that they are highly protected due to the rules of copyright law in theory, but in practice, they are very vulnerable. This kind of vulnerability can be discovered and detected much easier in some cases and it raises serious questions of interpretation in other cases. For example, the violation of the right to indication the name of the author can be identified easier than the harming of the integrity of the work. This paradoxical situation can be justified with that exercising moral rights does not mean the overall control on the fate of the work.¹⁸ In the essay I will outline the general rules on moral rights of the author and then I will put the emphasis on the most interesting moral right: the integrity of the work. The work focuses on the Hungarian copyright law

⁹ Civil Code § 2: 42.

¹⁰ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), 1965 (Henceforward abbreviated – UrhG)

¹¹ UrhG. § 12.

¹² UrhG. § 13.

¹³ UrhG. § 14/

¹⁴ Grosheide W. Moral rights. *Research Handbook on the Future of EU Copyright* / E. Derclay (ed.). Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2009. P. 262.

¹⁵ Copyright, Design and Patent Act, 1988 (Henceforward abbreviated as – CDPA).

¹⁶ CDPA. Section 77.

¹⁷ CDPA. Section 80 ; See also : de Werra (2009).

¹⁸ Pogácsás A. Mire jó a szerzői jog és mire nem? Gondolatok szerző jogi “határesetekről” és tanulságaikról.: *Ünnepi tanulmányok Csécsy György 65. születésnapja tiszteletére* / V. Szikora Veronika, E. Török (ed.). II. Debreceni Egyetem Állam, és Jogtudományi Kar. Debrecen, 2017. P. 149.

rules and in some respects, it overlooks to other European copyright law systems as well.

1. The right to publish the work

According to the § 10 of the HCA the author shall decide whether his work may be made public. Before making the work public, any information on its substantial content may be provided for the public only subject to the author's consent. Typical platforms of publishing information are the websites, brochures, posters or press conferences.

Obviously, it does not constitute an infringement if a brochure contains a summary of the contents of an already published literary work. Therefore, from the viewpoints of copyright law it does not mean an infringement if we see an abstract from the content of the *Midsummer Night's Dream*, or the *Gone with the wind* even if the certain movie or theatrical production is recent, because these stories are known and published former as literary works.

In copyright relationships the works made for hire are frequent occurrences. According to the § 10 (3) of the HCA the conclusion of a licence agreement shall imply the author's consent to the user providing information on the content of the work for the public in a manner complying with the purpose of the use. If the author and the user are in an employment relationship with each other, we shall take into consideration the § 30 of the HCA, which states if the preparation of a work is the author's obligation within the scope of his/her employment, the delivery of the work is considered as approval for publication.¹⁹ So in this case, the delivery of the work is an important moment, because from this moment the employer can decide whether the work will be published or not.

The right to anonymity in the § 11 of the HCA is the counterpart of the right to publish the work. In generally this means that the author – in written form and on serious grounds – can withdraw the authorisation to make his work public or may prohibit the continued use of his work already made public, however, he is obliged to compensate any damage having occurred till the time of such statement. The exercise of the right of withdrawal is relatively rare in the legal practice. The reason can be found in the complexity of the relevant rules and in the “burdens” on the author's side. On the one hand, the Act requires conditions, which can make the margin of the author narrower. Such conditions are

¹⁹ HCA. § 30 (5), first sentence.

the written form, the serious ground and the obligation to compensate the damage of the user arisen in relation to the withdrawal. On the other hand, the second sentence of the § 11 states that “*This shall not prejudice the employer’s right to exploit the work and shall not prevent, in the case of the assignment of the economic rights, the person acquiring the rights from uses based on the economic rights*”. According to the rules of works made for hire, we shall take into consideration that this rule does not constrain the employer’s right practically, because it “only” requires to delete the author’s name from the work.²⁰ The § 53 of the HCA makes further limit for the author if there is a license agreement, because it allows the termination of the license agreement, but requires a security to compensate the use for the damage.

As we saw, the Act requires a so-called “serious ground” if the author would like to withdraw the work. Such serious ground can be his/her radically changed ideology, or the serious failure of the published work. For example, *Puccini* decided to withdraw the *Madama Butterfly* after the world premier and he paid his remuneration back.²¹ The withdrawal was justified by the failure of the premier and the influence of rivals.²² This situation can be regarded as “serious ground”. It also has to be noted that, from the viewpoints of copyright law, it means the prohibition of the continued use of the work rather than the withdrawal of make the work public.²³

It is quite interesting, that the CDPA does not give concrete regulation about the right to publish the work. In the UrhG we can find this moral right, in the § 12, which states that the author has the right to determine whether and how his work shall be published. The author can reserve the right to communicate or describe the content of his work to the public as long as neither the work nor the essential content or a description of the work has been published with his consent.²⁴

²⁰ HCA. § 30 (5).

²¹ Winkler G. *Barangolás az operák világában*. Budapest : Tudomány Kiadó, 2004–2006. P. 1966.

²² Budden J. *Életek és művek: Puccini*. Budapest : Európa Könyvkiadó, 2011. P. 276–277.

²³ HCA. § 11.

²⁴ UrhG. § 12 Veröffentlichungsrecht.

(1) Der Urheber hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist.

(2) Dem Urheber ist es vorbehalten, den Inhalt seines Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, solange weder das Werk noch der wesentliche Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht ist.

2. The right to indicate the name of the author

The rules of the right to indicate the name of the author in the HCA, is based on the § 2: 43 of the Civil Code²⁵ and it is linked to the acknowledgement of the status of author. According to the § 12 of the HCA, the author shall have the right to be indicated on his work or in the communication relating to his work as an author. Reference shall be made to the author in the event of including a part of his work in another work, and quoting or reviewing his work, but this can be difference regarding to the types of the works.²⁶ The author may exercise the right to have his name indicated subject to the nature of the use and in a manner complying therewith.²⁷ The indication of the author's name does not draw to the background nor in the event of adaptations, because if a work is the result of an adaptation – for example a movie or a theatrical or musical adaptation – the name of the original author shall be indicated on the adapted, derivative work as well. The most expressive examples for this rule are the posters and placards of a movie or dramatic works, where *all the names* shall be indicated, who made intellectual activity regarding to the work. As the original author's name shall be indicated on the adapted work, the name of the translator of the foreign works shall be represented. The strength of the author's name right can be reflected in the rule, that the name shall be indicated after the duration of copyright protection.²⁸ We need to take into consideration, that in many cases, the omission of a name actually serves to cover plagiarism.

3. The right to the integrity of the work

The right to integrity of the work, or with other terminology, the protection of the unity of the work raises the most interpretative questions amongst moral rights.

According to the HCA “*The moral rights of an author shall be considered violated by every kind of distortion and mutilation or alteration in any manner or any form of misuse of his/her work which prejudices the honour or reputation of the author*”.²⁹

²⁵ Civil Code. § 2: 43 (Specific personality rights).

The following, in particular, shall be construed as violation of personality rights:
f) any violation of the right to a name.

²⁶ Pogácsás A. Mit veszíthet egy szerző? Gondolatok a sérelemdíj szerzői jogban betöltött szerepéről. (*L)Ex Cathedra et Praxis. Ünnepi Kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából / Z. Csehi Zoltán (ed.) et al. Budapest : Pázmány Press, 2014. P. 628.*

²⁷ HCA. § 12 (1).

²⁸ HCA. § 14 (2).

²⁹ HCA. § 13.

The protection of the integrity of the work (non-distortion) is one of the most important and elementary personal rights of authors but also it is the most complex. *Faludi Gábor* emphasizes³⁰ that the problematic issues of the right to integrity can be attributed, on the one hand that the rules of international conventions are incomplete in relation to the moral rights and this lack leads to difference interpretations. On the other hand, it is complicated because it shall be applied in a wide variety of disputes. And thirdly the fact that the HCA refers specifically to the notion of honour and reputation as a yardstick for violating the right to integrity, which also raises dilemmas.

The right to integrity expresses the close relationship between the work and the author, so the basic purpose of the legal regulation can be understood: the work of the author shall be presented to the public without any distortions, or such changes, which would harm the reputation and honour of the author. The reason for this rule is that the author is adjudged on the basis of his works by both society and the profession. This situation makes the right to integrity the most sacred right – besides the abovementioned name right, – because the works shall be published in the way the author created it.

The British legal terminology – where the terminology of right of respect can be used besides the right of integrity – reflects that this right includes the appreciation and respect of the author. The purpose of this rule is to prevent the disadvantageous influencing the author's social and professional adjudication by outsider people.

The unity of the work and its protection carries a double meaning, due to the word “unity”. On the one hand, “unity” is intended to express what the legal norm itself seeks to achieve as well: the spirit of the work represented by the author must be prevailed in an indivisible unity. On the other hand, “unity” also means that if the change that the user introduced into the work, as a whole does not affect the overall image of the work negatively, because it does not disrupt its unity, the change will not result any infringement of the author's right. Violations of the right to integrity can range from the “simplest”, everyday cases to the very complex, combined and difficult cases. *Levente Tattay* mentions the example for the “everyday” distortion when the editor changes the title of a newspaper article without the author's knowledge and consent and the changed title does not meet the content of the article.³¹ The most important and watershed

³⁰ Faludi G. A szerzői mű egysége védelmének egyes kérdései. *Infokommunikáció és jog*. 2011. № 5. P. 163.

³¹ Tattay L. A szellemi alkotások joga. Budapest : Szent István Társulat, 2001. P. 78.

question in the Hungarian legal literature and copyright law practice is that whether the text of the HCA means that ³² the harm of the author's honour or reputation is a requirement for all four behaviours (distortion, mutilation, alteration, misuse) or it connects only to the alteration or misuse.³³ On the basis of right to integrity, an author can act on the one hand against any distortion or mutilation of his work and, on the other hand, against any alteration or defamation which is detrimental to his honor or reputation.³⁴ Honour means the social status of the person, where the person's own will is the starting point for what (s)he personally consider valuable.³⁵ Reputation means the social, public and economic awareness of the person.³⁶

The protection of the unity of the work must be identified with the concept of completeness and sacredness. This does not necessarily mean the physical unity of the work, but rather it is intended to ensure the spiritual unity, the integrity of the message of the work. The purpose of integrity protects the work as a whole, including its title, but it also important that it shall not be limited to those works which are materially embodied in copies.³⁷

The actual enforcement of the very abstract general rule of integrity shall be applied in a different way in the variant forms of works.³⁸ This can be reflected in the special rules of the HCA³⁹, in the judicial practice and in the interpretations of The Council of Copyright Experts (in Hungarian: SZJSZT).⁴⁰ The HCA also gives special rules on the performers' integrity right as well.⁴¹

³² Faludi. Op. cit. P. 165.

³³ This question arises in the judicial practice as well. See e.g. Case № P.23.377/2009/34, and Case № Pfv.IV.21.744/2007/6.

³⁴ See the critical interpretation of this rule e.g. *A szerzői mű egysége védelmének egyes kérdései* / G. Faludi. *Infokommunikáció és jog*. 2011. № 5 ; Grad-Gyenge A. Első oldal. *Infokommunikáció és jog*. 2013. № 3. URL: <http://www.infojog.hu/szam/54> ; Gyertyánfy P. *A szerzői jog bírói gyakorlata 2006-tól: a védelem tárgya és a mű egysége. Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2012. № 4.

³⁵ Barzó T. *A személyiségi jogok. Új Magyar Polgári Jog (I–VIII) Tankönyv I. Általános tanok és Személyek joga* / G. Bíró (ed.). Miskolc : Novotni Kiadó, 2013. P. 250.

³⁶ Barzó. Op. cit. P. 251.

³⁷ *Nagykommentár a szerzői jogi törvényhez* / P. Gyertyánfy (ed.). Budapest : Wolters Kluwer, 2014. P. 138.

³⁸ *Kézikönyv a szerzői jog érvényesítéséhez. ProArt Szövetség a Szerzői Jogokért*. 2013. P. 51.

³⁹ For example: the HCA gives special rights in relation to architectural works, fine arts or performers.

⁴⁰ For example: SzJSZT 2013/02, SzJSZT 2010/18, SzJSZT 2008/20, SzJSZT 2010/17, SzJSZT 2009/04, SzJSZT 2003/30.

⁴¹ HCA § 75 (2)

In connection with the rule of integrity the most important consideration is that this right may be different interpretations in each types of works. In a dispute over the interpretation of integrity, when we shall answer the question whether the unity of the work was harmed or not, we can only give a correct answer by considering all aspects of the concrete case.

The right to integrity is emphasized in other European countries as well. Jacques de Werra thinks that the German and French copyright law provide for the most protective regimes for moral rights and specifically for the right of integrity.⁴²

Sophia Sepperer points out that the §§ 39 and 62 of the UrhG restrict the right to integrity.⁴³ The German copyright law applies a special rule to protect the integrity of authors⁴⁴ and performers⁴⁵ and does not prohibit the modifications generally to the latter, but only protects them from such changes that have a negative impact on their reputation and honour.

The French copyright law⁴⁶ also deals with moral rights.⁴⁷ As we mentioned it before, in the French copyright system moral rights and especially the right to integrity have strong roots.⁴⁸ According to the Article 121–1 of the CPI author shall enjoy the right to respect for his name, his authorship and his work. Moreover the Act adds that “*Whatever the marriage arrangements and on pain of nullity of any clause to the contrary contained in a marriage contract, the right to disclose a work, to lay down the conditions for exploiting it and for defending its integrity shall remain vested in the spouse who is the author or in the spouse to whom such rights have been transmitted*”.⁴⁹ This latter rule also reflects the importance of the unity of the work in every legal relationships.

In the CDPA we can also find the integrity rule. According to the Section 80 of the CDPA, the author of a copyright literary, dramatic, musical or artistic work, and the director of a copyright film, has the right

⁴² De Werra J. The moral right of integrity. *Research Handbook on the Future of EU Copyright* / E. Derclay (ed.). Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2009. P. 279.

⁴³ Sepperer S. *Der Integritätsschutz der Bühnenszenenierung*. Berlin, 2015. P. 60.

⁴⁴ UrhG. § 14.

⁴⁵ UrhG. § 75.

⁴⁶ Code de la propriété intellectuelle (Law № 92–597 of July 1, 1992) (hence forward abbreviated – CPI).

⁴⁷ CPI. Articles L121–1 to L121–9.

⁴⁸ About the historical roots see : From the Providence of Kings to Copyrighted Things (And French Moral Rights) / C. Peeler. *Indiana International & Comparative Law Review*. 1999. Vol. 2. P. 423–456 ; Ginsburg J. Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. *Tulane Law Review*. 1990. № 5. P. 991–1031.

⁴⁹ CPI. Article L121–9.

not to have his work subjected to derogatory treatment.⁵⁰ The Act also adds that treatment of a work means any addition to, deletion from or alteration to or adaptation of the work, other than a translation of a literary or dramatic work, or an arrangement or transcription of a musical work involving no more than a change of key or register.⁵¹ Due to the Act the treatment of a work is derogatory if it amounts to distortion or mutilation of the work or is otherwise prejudicial to the honour or reputation of the author or director.⁵²

3.1. The right to integrity in literary and music works

Literary works can be regarded as the core of copyright. The spread of illicit copies of literary works was the direct causes of the recognition of copyright law because the invention of Gutenberg boosted the making of copies. *“A book is not simply a medium for literary content. First and foremost, it shapes the basic categories for describing texts and their qualities, such as cohesion, integrity, immutability, individual character, authorship, and so on”*.⁵³

The infringement of right to integrity of a literary work can be observed easily in some cases. For example, if a press publishes the work according to a semi-finished manuscript, or because of an editing error it skips a few chapters from the complete work, it grounds the infringement. It is another question that the author and the press are in a contract relationship as well, so in such cases the press breaches the contract also and shall pay the damages due to the rules of contractual liability. I think that in a case, where the press publishes the semi-finished manuscript the infringement of right to integrity shall be presumed.⁵⁴

The copyright issues of music can be regarded as one of the evergreen topics of copyright law, so the same is true in relation to the right to integrity of music as well. *“Music, more than any other vehicle of culture, collapses the gap that separates idea from expression”*.⁵⁵The questions

⁵⁰ CDPA. Section 80 (1).

⁵¹ CDPA. Section 80 (2).

⁵² CDPA. Section 80 (3).

⁵³ Pałęcka A., Jakubowiak M. Who Needs the Book? Copyright in the Late Print Epoch. English Edition, 2017. P. 210.

⁵⁴ We would like to note for the sake of completeness, that this behaviour also could constitute the harm of another moral right as well, the right to publication the work, because the author has the right to decide when (s)he would like to publish the work.

⁵⁵ Vaidhyanathan S. Copyrights and copywrongs. The rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity. New York ; London : New York University Press, 2001. P. 117.

of the right to integrity in relation to music works can arise mostly in adaptations, arrangements. In a concrete case the SZJSZT pointed out that the performances of musical compositions necessarily differ from each other, as the personality and style of the performer appear during the playing of the work. In the field of pop music this freedom of performance is even greater than in classical music. The SZJSZT added that if the changing of the end of a music during the arrangement does not change the whole song substantially, we cannot talk about a moral right infringement.⁵⁶ According to the SZJSZT, distortion means such gross changes that alter the work in a way that is fundamentally offensive to the listener, the viewer, and the sensor in general.⁵⁷ In another case,⁵⁸ the court high lightened that changing, distorting or mutilating the essential features of the work without the author's permission, regardless of any further adverse consequences, can violate the author's right to the integrity of the work. In the concrete case, the unauthorized shortening, and reworking the music and deleting the lyrics of the author's work is a distortion or mutilation of the essence of the work which infringes the author's moral right. In an other case, an unauthorized adaptation of the work was used in a theme song of a reality show. The SZJSZT emphasized that the significant rewriting of the lyrics of the work, in addition to being so distant from the original thought, is clearly a distortion of the work and violates the composer's and the lyricist's moral rights.⁵⁹

3.2. The right to integrity and dramatic works

The right to integrity can often be harmed due to a theatrical adaptation, but there are only few published legal disputes in relation to the right to integrity.⁶⁰ This situation can be traced back to three reasons, which can limit the real enforceability of the harm of the right to integrity. On the one hand it can be observed, that such radical interventions into the spirit of the original work are often done for works which term of protection has already been expired. On the other hand, disputes between the theatre and the author are often closed with a perpetual agreement. Thirdly, the provisions of the Act themselves can limit the reference to the protection

⁵⁶ SZJSZT 18/10.

⁵⁷ SZJSZT 18/10.

⁵⁸ Curia, № 21744/2007/6.

⁵⁹ SZJSZT. 02/13

⁶⁰ See in details : Sápi E. A színpadi művek szerzői joga. Budapest : Patronicum Kiadó, 2019. P. 145–160.

of the integrity of the work. For these reasons, it is often difficult to “catch” the harm of the integrity of the given work in the stage, even if it is felt that the original piece has barely stayed on the stage. As we mentioned it former, the unity, integrity of the work covers the physical unit and the unit of the content of the work. However it cannot be stated with certainty that the disintegration of the physical unity of a work would result always an infringement of the integrity.⁶¹ The mere fact that the intermission of the play, for various technical reasons,⁶² is not put to the exact place where the author of the original work intended, does not mean that the integrity of the work is definitely gets hurt. Consequently, we shall regard the play as a complete unit and it would be unreasonable for such a rigid application of the rule would damage the integrity of the work. At the same time, it cannot be completely said that the disintegration of the physical unit would never constitute a breach of integrity.

During theatrical performances we can see at several times that the original features and original spirit of the work is fading on the stage or moreover it might appear unrecognizable. The German jurisprudence is overflowed in stage productions where the original work is hardly met by the new stage version.⁶³

The most important question in relation to this topic is, which are the most common examples of the infringement of integrity right of dramatic works. As we mentioned it before it is quite hard task to list the cases of infringement of right to integrity because all aspects of the certain case shall be taking into consideration. If we would like to outline the most common examples of the infringement of unity of the work, the following cases can be examples: distortion and misrepresentation of the content or the message of the work, deleting important scenes while others are exaggerated, if these changes result injurious effect to the author. For example, if the theatre performs the work in a way, where the original script is radically changed, and the political storyline is highlighted at a disadvantage of the love-story, this can constitute the infringement.⁶⁴

⁶¹ Gyertyánfy, Op. cit. P. 136.

⁶² For example, if it may take longer for the stage to be reordered or for the characters to be changed.

⁶³ Infamous cases for example: Baal (LG München I – 21 O 1686/15), Götterdämmerung (OLG Frankfurt, 04.12.1975–6 U 156/75), or Csárdásfürstin (LG Leipzig, Urteil v. 23.2.2000, ZUM 2000).

⁶⁴ Gyenge A. Zeneművek átdolgozása a szerzői jogban. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2002. № 3.

It also can be infringing if the theatre changes the scenery design, the decoration of the performance without the consent of the scenery designer, and it is harmful for the reputation and honour of the designer,⁶⁵ because (s)he is entitled to copyright due to the HCA. The German legal literature on the theatrical dimension of the right to integrity emphasizes that the author is not only interested in receiving his remuneration, but also in communicating his work to the public in the way he wrote it. Because of this, authors or their heirs, often require a controlling right in the performance contract to oversee and protect the integrity of the work on the stage. Within its scope, the author can influence the choice of director, actor or scenery designer.⁶⁶

3.3. The right to integrity in relation to architectural works and fine arts

The Act regulates the right to integrity in relation to the architectural works or technical structures in special rules. According to the § 67 of the HCA, any alteration of the design of an architectural work or technical structure that is made without the author's authorization and influences the appearance, the intended use, or the operation of the work shall be regarded as an unauthorized alteration of the work.⁶⁷ There are many specialities of copyright law in relation to architectural works which can effect the right to integrity as well. Such specialities can be found in the conflicts between the rights and interests of owner of the building and of the author.⁶⁸ Another important speciality of copyright situation of architectural works is the fact, that the architectural work is not build by the author, who created the plan but by another person, the constructor.⁶⁹

It is also important, that there are differences between the content of the §§ 13 and 67 of the HCA, which can result interpretation problems.⁷⁰ Another aspects which shall be emphasized that buildings, architectural

⁶⁵ SZJSZT. 39/07.

⁶⁶ Schack H. Urheber – und Urhebervertragsrecht. 5 Auflage. Tübingen : Mohr Siebeck, 2010. P. 559.

⁶⁷ HCA. § 67 (1).

⁶⁸ See in details : Bertoni A., Montagnani M. Public architectural art and its spirits of instability. *Academia.edu*. P. 7–17. URL: https://www.academia.edu/11828224/Public_architectural_art_and_its_spirits_of_instability.

⁶⁹ Barta J. Az építészeti és műszaki alkotások és terveiket érintő egyes szerzői jogi kérdések a 21. századi Magyarországon. *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies*. 2017. № 2. P. 230.

⁷⁰ Barta J. A tervezői tevékenység komplex bemutatása, valamint az építészeti, műszaki alkotások és tervek szerzői jogvédelme. Budapest : Patrocinium Kiadó, 2018, 325 p.

works are so-called functional works. It means that the practical utilisation of the work is often more important than the artistic aspects,⁷¹ which can be the limit of moral rights as well. Another interesting point of the topic is that the copyright law has no effect in the case of demolition of the building, because this decision belongs to the ownership right of the proprietor.⁷²

In many cases, the court should interpret the content of the right to integrity when moving architectural works and monuments from one location to another. In a concrete case, the court emphasized, that “*The relocation of a work obviously affects the integrity of the work and its message, so it covers the rule of 13. § of the HCA, but it shall be considered, that according to the 13. § any alteration to a work is unlawful if it damages the honour or reputation of the author*”.⁷³ In another decision, the court high lightened, that “*The owner of the building has the right to rebuild the building that (s)he owns, to change its appearance, architectural design, purpose or to demolish it. Reconstruction of a building due to the proper exercise of the owner’s right shall not result the infringement of the designer’s (author) copyright*”.⁷⁴ It is also important, that according to the judicial practice, it is not a misuse if the author refuses his/her subsequently requested consent in the event of unauthorized modification of the building, which is a copyrighted work.⁷⁵ Of course the author can authorize some modifications, rebuilding’s of the works, but it shall be fixed in the contract.⁷⁶

The Act gives special regulation on the right to integrity for architectural works only, but we cannot find any special integrity right to fine arts. This results that the general rule, the § 13 shall be applied for fine arts as well. The term “fine art” refers to an art form practised mainly for its aesthetic value and its beauty rather than its functional value. Fine art is covering drawing, painting, printmaking, and sculpture. Problems of right to integrity of fine arts seems less relevant at first sight, because it is common that only one original piece is existing, and the adaptation of fine arts – which is a really sensitive point of unity of the work – is rarer. At the same time, it is true that fine art can be a subject of unlawful

⁷¹ Barta. Op. cit. 2018. P. 330.

⁷² Barta. Op. Cit. 2018. P. 345.

⁷³ Court of Pest County. P. 23.377/2009/34.

⁷⁴ BDT. 2010. 2329.

⁷⁵ BDT. 2008. 1756.

⁷⁶ Csillag G. Az építészeti alkotások szerzői jogi oltalma. Budapest : Építészügyi Tájékoztatósi központ, 1987. P. 89.

replica frequently. It shall be mentioned that a “mere” replica of a painting or a sculpture will not result the infringement of the right to integrity, but it will ground a general copyright infringement, because of the illicit copy of the work. However, the unity of the work can be harmed for example in the case, if the artwork is photographed and it manipulated with digital technique on the photo. If this manipulated photo of the painting or sculpture is harmful for the honour or reputation of the author, it can constitute the infringement of the unity of the work.

CONCLUSIONS

The right to integrity is intended to protect the moral and intellectual integrity of the author and his work. Although it is intended to protect the individuality of the author, whose thoughts and personality appears in the work, but this right is not unlimited.⁷⁷ On the one hand, the author may make a statement authorizing the change of his work and on the other hand it may be limited by the provisions of the law. But, according to the HCA, authors cannot waive his or her moral rights.⁷⁸ This results that the author cannot give such authorization of licence in which (s)he allows to infringe the moral rights.

It can be also an interesting question that could the author’s successor define such requirements in connection with the adaptation or reproduction of the original work which the author did not define and could the successor claim for an infringement of right to integrity if the user would “breach” the conditions of the successor? I think the successor cannot claim for infringement in this situation. The right to integrity shall be interpreted in the way that it shall stick to the personality of the author and the successor is not entitled to “create” a new unity, new integrity for the work. It is only the author, who knows the proper content and unit of his/her work in which (s)he intends to publish the work, so such rules can only stick to the author not to the successor. It is right to guard over the right of integrity of the author, but the inheritance of the right to integrity to the copyright successor is not the original purpose of this right.

It is also worth to talking about the philosophical aspects of the right to integrity in addition to the abovementioned practical issues. In the Anglo-Saxon legal literature, some authors emphasize that the right to integrity can be traced back to the theories of Walter Benjamin, Bruno Latour and Adam

⁷⁷ Pogácsás. Op. cit. 2018. P. 335.

⁷⁸ HCA. § 9 (2).

Lowe.⁷⁹ The conception of Benjamin refers to the “aura of the work”⁸⁰, while Latour and Lowe enhance the “trajectory of work”. According to Walter Benjamin, the “aura of the work” means that the work loses something of its original value with each use, so each use contributes to the fading of the original work. In contrast, “trajectory theory” emphasizes that every work goes through an evolution and this development, or “trajectory”, is particularly true for theatrical productions, because the author hopes that his work will go through the entire carrier ladder. Luke McDonagh analysis both theories in relation to dramatic works in the light of the right to integrity, but it can be applicable to all of the artworks as well. So, McDonagh explains that theatrical authors seek to protect the integrity of the work and rely on it⁸¹ because they fear that the public will not know the true content of the work.⁸² This kind of approach converges to the “aura of the work”. In the light the “trajectory” aspect, McDonagh adds that in the case of dramatic works there are three stages that determine their careers and ultimately determine the work itself. According to this, we can talk about debut, exceptional and classic works. The debut period means the first few performances of the work, its initial stage. A play becomes exceptional when the work is performed several times and by different theatres. And classic plays can be considered when the work becomes an accepted and integral part of the theatrical repertoire.⁸³ I think that the joining of the two theories is the best solution. Every dramatic work has its “trajectory”, most of them reaches the exceptional stage, and some of them become classic. However, in my point of view it is not necessarily true that the original work is fading because of its frequent use. It can be happening that people read or listen the original work (whether it is a literary, dramatic or a musical work) because the derivative production is well received.

SUMMARY

The essay shows the most important regulations on moral rights primarily in the Hungarian copyright law, with a brief outlook to the German, British and French copyright law regimes. In the article I put the emphasis on the right to integrity, which is the most complex moral

⁷⁹ McDonagh L. Plays, Performances and Power Struggles – Examining Copyright’s ‘Integrity’ in the Field of Theatre. *Modern Law Review*. 2014. № 4. P. 534.

⁸⁰ Benjamin W. The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility. The original title : Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, 1936.

⁸¹ CDPA. Section 80.

⁸² McDonagh. Op. cit. P. 534.

⁸³ McDonagh. Op. cit. P. 534–535.

right. I present how the right to integrity can show its different faces in relation to dramatic works, architectural works, works of fine arts, literary works and music works. As it can be seen in the article, this right is prevailing in different ways in relation to the different forms of copyright works. This situation can raise questions of interpretation and problems in the practical enforcement of the right, because in most of the European countries there are no separate regulations for the integrity of all kind of works. It is common that there is one general rule about the right to integrity and this is supplemented with another one or two integrity rules for example about performers' right or architectural works, as we see it in the Hungarian copyright law as well. At the same time, it is important to emphasize that there is no need to have separate integrity rules for all the types of work, because it would make the essence and spirit of integrity unserious and in the same time rigid. Therefore, it is not a real problem if a copyright act provides only one rule about the protection of the unity of the work, if it can be interpreted adequately in the judicial practice to serve its original purpose: everyone shall respect the author and the spirit, the message of the work.

REFERENCES

1. Balás P. Elemér. Szerzői jog. *A magyar magánjog I. Általános rész, személyi jog* / K. Szladics Károly (szerk.). Budapest : Grill Károly Könyvkiadóvállalat, 1941.
2. Balás P. Törvényjavaslat a szerzői jogról. Budapest : Magyar Jogászegylet Kiadása, 1947.
3. Barta J. A tervezői tevékenység komplex bemutatása, valamint az építészeti, műszaki alkotások és tervek szerzői jogvédelme. Budapest : Patrociniium Kiadó, 2018.
4. Barta J. Az építészeti és műszaki alkotások és terveiket érintő egyes szerzői jogi kérdések a 21. századi Magyarországon. *Acta Universitatis Sapientiae. Legal Studies*. 2017. № 2.
5. Barta J. Építészeti alkotások szerzői jogi védelme és a gazdasági reklámozás némely összefüggései megtörtént esetek kapcsán. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2011. № 6.
6. Barzó T. A személyiségi jogok. *Új Magyar Polgári Jog (I–VIII) Tankönyv I. Általános tanok és Személyek joga* / G. Bíró (ed.). Miskolc : Novotni Kiadó, 2013.
7. Benjamin W. *The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility*. The original title : *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, 1936.

8. Bertoni A., Montagnani M. Public architectural art and its spirits of instability. *Academia.edu*. P. 7–17. URL: https://www.academia.edu/11828224/Public_architectural_art_and_its_spirits_of_instability.
9. Budden J. Életek és művek: Puccini. Budapest : Európa Könyvkiadó, 2011.
10. Csécsy G. A szellemi alkotások joga. Miskolc : Novotni Kiadó, 2007.
11. Csillag G. *Az építészeti alkotások szerzői jogi oltalma*. Budapest : Építésügyi Tájékoztatási központ, 1987.
12. Werra J. De. The moral right of integrity. *Research Handbook on the Future of EU Copyright* / E. Derclay (szerk.). Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2009. P. 267–285.
13. Faludi G. A szerzői mű egysége védelmének egyes kérdései. *Infokommunikáció és jog*. 2011. № 5.
14. Ginsburg J. Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. *Tulane Law Review*. 1990. № 5. P. 991–1031.
15. Grad-Gyenge A. Első oldal. *Infokommunikáció és jog*. 2013. № 3. URL: <http://www.infojog.hu/szam/54>.
16. Grosheide W. Moral rights. *Research Handbook on the Future of EU Copyright* / E. Derclay (ed.). Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2009.
17. Gyenge A. Zeneművek átdolgozása a szerzői jogban. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2002. № 3.
18. Nagykommentár a szerzői jogi törvényhez / P. Gyertyánfy (ed.). Budapest : Wolters Kluwer, 2014.
19. Gyertyánfy P. A szerzői jog bírói gyakorlata 2006-tól: a védelem tárgya és a mű egysége. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2012. № 4.
20. Kézikönyv a szerzői jog érvényesítéséhez. *ProArt Szövetség a Szerzői Jogokért*. 2013.
21. McDonagh L. Plays, Performances and Power Struggles – Examining Copyright’s “Integrity” in the Field of Theatre. *Modern Law Review*. 2014. № 4.
22. Pałęcka A., Jakubowiak M. Who Needs the Book? Copyright in the Late Print Epoch. English Edition, 2017.
23. Peeler C. From the Providence of Kings to Copyrighted Things (And French Moral Rights). *Indiana International & Comparative Law Review*. 1999. Vol. 2.
24. Pogácsás A. A digitalis mű integritás védelmének aktuális kérdései. *LiberAmicorum. Studia G. FaludiDedicata* / A. Grad-Gyenge, E. Kabai Eszter, A. Menyhárd (ed.). ELTE. Állam-és Jogtudományi Kar. Budapest, 2018.
25. Pogácsás A. Mire jó a szerzői jog és mire nem? Gondolatok szerző jogi “határesetekről” és tanulságaikról. *Ünnepi tanulmányok Csécsy György 65. születésnapja tiszteletére* / V. Szikora E. Török (ed.). II. Debreceni Egyetem Állam, és Jogtudományi Kar. Debrecen, 2017.

26. Pogácsás A. Mit veszíthet egy szerző? Gondolatok a sérelemdíj szerzői jogban betöltött szerepéről. *(L)Ex Cathedra et Praxis. Ünnepi Kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából / Z. Csehi Zoltán (ed.) et al.* Budapest : Pázmány Press, 2014.
27. Sági E. A színpadi művek szerzői joga. Budapest : Patronicium Kiadó, 2019.
28. Schack H. Urheber – und Urhebervertragsrecht. 5. Auflage. Tübingen : Mohr Siebeck, 2010.
29. Sepperer S. Der Integritätsschutz der Bühneninszenierung. Berlin, 2015.
30. Tattay L. A szellemi alkotások joga. Budapest : Szent István Társulat, 2001.
31. Tóth P. A közös jogkezelő szervezet által érvényesíthető szankciók köre, különös tekintettel a további jogsértéstől való eltiltás igényére. *Liber Amicorum. Studia Gy. Boytha dedicata / M. Király, P. Gyertyánfy (ed.). ELTE ÁJK Polgári Jogi Tanszék.* Budapest, 2004.
32. Vaidhyanathan S. Copyrights and copywrongs. The rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity. New York ; London : New York University Press, 2001.
33. Winkler G. Barangolás az operák világában. Budapest : Tudomány Kiadó, 2004–2006.

Information about author:

Sági Edit,

Ph. D.,

Research Fellow at the Civil Law Department

Institution of Civil Law

Faculty of Law

University of Miskolc

Egyetemváros-Miskolc, 3515, Hungary

VITAIRAT AZ EURÓPAI KÖZIGAZGATÁSI TÉRSÉGRŐL

Torma András

BEVEZETÉS

Az uniós intézmények és a tagállamok közigazgatási hatóságai közötti, rendkívül bonyolult kapcsolatrendszer ma már – az Európai Gazdasági Térséghez hasonlóan – egyetlen térben zajlik, amit a szakirodalom European Administrative Space – Európai Közigazgatási Térségnek (a továbbiakban: EKT) nevezett el. A jelen tanulmány – egyfajta vitairatként, vagyis helyenként kérdőjeleket elhelyezve – ennek a Térségnek a fogalmát, kialakulását, fő jellemzőit, valamint jövőjét igyekszik felvázolni, a rendelkezésre álló, korlátozott keretek között.

1. Az Európai Közigazgatási Térség fogalma

Az Európai Szén – és Acél Közösséget létrehozó Párizsi Szerződés 1951-ben történt megkötése óta eltelt majd' hét évtizedben megvalósult *európai integráció magával hozta a tagállamok nemzeti adminisztrációinak* egyfajta konvergenciáját, *egymáshoz-közeledését*. Különösen funkcionális és értékorientációs szempontból, de szervezeti és eljárási szempontból is. Ma már nem vitatható, hogy nem csak európai (uniós) jogról, európai (uniós) környezetjogről, európai büntetőjogról stb., hanem európai közigazgatásról, illetve európai közigazgatási jogról is beszélhetünk. Az uniós jog *végrehajtásának és érvényesülésének* záloga ugyanis a hatékony és lojális együttműködés az uniós intézmények és a tagállami hatóságok között, másfelől pedig az egyes tagállamok azonos feladatkörű közigazgatási hatóságai között. A több évtizedes közösségi/uniós együttműködés nyilvánvalóan kialakított egyfajta *európai közigazgatási kultúrát, illetve értékrendet*, amelyet ma már több szerző az *acquis communautaire* (a közösségi vívmányok) részének tekint.¹

Az *Európai Közigazgatási Térség* elméleti értelemben nem más, mint az Európai Unió intézményei és a tagállamok közigazgatási szervei által, az uniós jog megalkotása és alkalmazása révén megvalósított, illetve megvalósuló egyfajta harmonizált értékszintézis.² Úgy is fogalmazhatunk, hogy az EKT az *acquis communautaire* speciális része. Tulajdonképpen

¹ Például: Jürgen Schwarze, Eberhard Schmidt-Assmann, Sabino Cassese, Czuczai Jenő, Balázs István, stb.

² Czuczai Jenő. Közigazgatás és európai integráció. *Magyar Közigazgatási Jog Különös Rész* / L. Ficzer, I. Forgács (szerk.). Budapest: Osiris Kiadó, 1999. 446. o.

egy metafora, amely komoly gyakorlati következményekkel járt és jár az uniós tagságra pályázó országok számára. Olyan kritériumként jeleníti meg az *európai közigazgatási elveket*, amelyeket a tagjelölt államoknak figyelembe kell venniük. Ha ugyanis nem veszik figyelembe, illetve nem alkalmazzák ezeket az Európai Bíróság által, a tagállamok jogrendszeréből kiemelt és általánosan érvényesülő jogelveket, akkor nem képesek az *acquis communautaire* követelményeit érvényesíteni.³ Ez pedig kizárja a csatlakozás lehetőségét, hiszen azt bizonyítja, hogy a tagjelölt állam közigazgatásának színvonala nem éri el az uniós tagsághoz szükséges színvonalat. (A közigazgatási elvekre később még visszatérünk!).

Tény, hogy az uniós intézményeknek ma sincsenek a tagállamokba telepített saját végrehajtó szervei, másfelől pedig a közösségi vívmányokon belül – tárgyi jogi értelemben – még ma sem beszélhetünk közigazgatási jogról. Mindez azonban korántsem jelenti azt, hogy az elmúlt évtizedekben nem fogalmazódtak meg a tagállamok közigazgatási szerveivel, eljárásaival és személyzetével kapcsolatos közösségi/uniós követelmények, illetve elvárások. Ezeket nevezhetjük európai közigazgatási értékeknek is, hiszen alapvetően határozzák meg annak a fokozatosan kialakuló, egységesülő Európai Közigazgatási Térségnek a szervezeti és működési elveit, amely az Európai Unió jogrendszere érvényesülésének egyik fontos garanciája.⁴

Világos tehát, hogy a fentiekben megadott EKT – fogalom mára szélesebb értelmet kapott, hiszen több mint tizenöt éve túl vagyunk az Unió legnagyobb, ún. keleti kibővítésén, amikor tíz tagjelölt állam csatlakozott. Éppen ezért az EKT *ma már sokkal több, mint valamiféle csatlakozási feltétel*, bár kétségtelen, hogy az is, hiszen tagjelölt államok most is vannak (például: Törökország, Szerbia, Albánia stb.). Csakhogy látni kell: *az európai integráció nem egy állapot, hanem egy fejlődő folyamat*. Nyilvánvalóan más – és más volt a tagállamok közigazgatási színvonalának konvergencia-szintje a déli kibővítés idején (1981-ben, amikor Görögország, és 1986-ban, amikor Spanyolország és Portugália csatlakozott), az 1995-ös kibővítéskor (mikor Ausztria, Svédország és Finnország csatlakozott), mint a 2004 évi keleti kibővítéskor. A tagjelölt országoknak éppen ezért arra kell törekedniük napjainkban is, hogy az uniós tagállamok közigazgatásának átlagos szintjét éri el. Az összehasonlítás alapját a csatlakozni kívánó ország és a tagállamok közigazgatási színvonalának átlaga kell, hogy képezze.⁵

³ Józsa Z. Az európai közigazgatási tér összefüggéseiről. *Magyar Közigazgatás*. 2003. № 12. 724, 725. o.

⁴ D'Orta C. What for the European Administrative Space? Maastricht : EIPA, 2003.

⁵ OECD SIGMA/PUMA. European Principles for Public Administration. *SIGMA Paper*. 1999. № 27. 15. o.

A 2007-ben megkötött és 2009-ben hatályba lépett *Lisszaboni Szerződés* utáni tíz év alatt, az EKTege olyan *értékszintézis lett*, amely általánosan jellemzi az Európai Unió és a tagállamok nemzeti közigazgatásai közötti bonyolult kapcsolatrendszerét is.⁶ A konvergencia szint tehát jelentősen emelkedett az utóbbi években, hiszen az uniós jog hatékony érvényesítése ezt követelte meg. Ennek következtében 2000 után az EKT már nem huszonnyolc, illetve az Egyesült Királyság kilépésétől (Brexit) huszonhét féle közigazgatási apparátus valamiféle szétterjedett egysége, hanem sokkal inkább egy olyan térség, amelyen *az uniós és a tagállami hatóságok lojálisan együttműködnek*, és *szervezet-hálózatként*, egymással „összeöllelkezve”, együttesen gondoskodnak az uniós jog érvényesítéséről.⁷ Vagy ahogyan egy másik szerző fogalmaz: „<...> *funkcionális értelemben az európai közigazgatás a hatalmi ágak szétválasztásának az együttműködés, és az alá-fölé rendeltség közötti útjaként jellemezhető*”.⁸ Nem kétséges, hogy ma, 2020-ban, már ezért beszélhetünk európai közigazgatásról és európai közigazgatási jogról!

2. Az Európai Közigazgatási Térség kialakulása

Az Európai Közigazgatási Intézetben (EIPA – Maastricht), valamint a Firenzei Egyetem Európai Intézetében folytatott kutatások eredményei, a csatlakozási feltételeket rögzítő „Koppenhágai kritériumok” megfogalmazása, valamint az Amszterdami Szerződés (1997) révén, az Európai Unió jelentős lépést tett egy egységes Európai Közigazgatási Térség kialakítása felé. Ebben fontos szerepet játszott a Strasbourg székhellyel működő Európa Tanács, valamint a párizsi székhelyű OECD és annak SIGMA programja is. Az Amszterdami Szerződés megkötését (1997) követő mintegy másfél évtizedben, az Európai Közigazgatási Térség kontúrjai egyre erőteljesebben rajzolódtak ki. Kissé bővebben mindezen folyamatokról:

Az 1981-ben alapított *Európai Közigazgatási Intézet* alapvető feladatát abban jelölték meg, hogy folyamatosan elemezze az Európai Közösségek intézményei és a tagállamok közigazgatásának kapcsolat-rendszerét. Ebben jelentős szerepet játszott az a tény, hogy a közösségi jogalkotásban egyre nagyobb jelentőségre tett szert az irányelv, mint jogforrás, amely

⁶ A 2007-ben megkötött Lisszaboni Szerződés jelentősen módosította az Európai Unió elsődleges joganyagát. A megnevezés valójában két szerződésnek a gyűjtőfogalomként használatos: egyik az Európai Unióról szóló Szerződés (a továbbiakban – EUSz), a másik pedig az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés (a továbbiakban – EUMSz).

⁷ Ibanez A. A közösségi jog ellenőrzése és végrehajtása. Budapest : Osiris Kiadó, 2000. 281. o.

⁸ Prof. Schmidt-Assmann Eberhard. Az európai közigazgatás együttműködési és alá-fölé rendeltségi modellje. *Európai Jog*. 2003. № 3. 10. o.

a tagállamok számára megfelelő mozgásteret biztosított, miközben persze általánosan kötelező volt. Az Intézetben, valamint a Firenze városában működő másik európai intézetben kibontakozott igazgatás-tudományi és empirikus összehasonlító kutatások egyik első eredményeként született meg *Jürgen Schwarze* professzor máig meghatározó jelentőségű monográfiája az európai közigazgatási jogról.⁹

A „*Koppenhágai kritériumok*” azokat a feltételeket rögzítik, amelyeket 1993 júniusában, Koppenhágában fogalmaztak meg az EU állam – és kormányfői, az EU-hoz való csatlakozás kritériumaiként a kelet-közép európai országok számára. Ezek három ügykört fednek le, a következők szerint:

1. Stabilan működő demokratikus intézményrendszer, amely garantálja a jogállamiság és az emberi jogok érvényesülését, valamint biztosítja a kisebbségek védelmét.

2. Működő piacgazdaság, amely képes megbirkózni a piaci erők versenyével.

3. A tagságból fakadó kötelezettségek teljesítésére való képesség: az *acquis communautaire* átvétele és érvényesítése, ideértve a gazdasági és monetáris unió, valamint a politikai unió követelményeit is.

Az EKT szempontjából mindezen kritériumok megfogalmazásának azért van jelentősége, mert nyilvánvaló, hogy az EU tagállamai akkoriban (1993-ban) már megfeleltek az azok által támasztott követelményeknek. A tagjelölt országok részéről pedig a kritériumok teljesítése végül is az Európai Közigazgatási Térséghez való csatlakozás lehetőségét is jelentette és jelenti napjainkban is.

Az OECD (Párizs) 1992-ben indította útjára a *SIGMA* (Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries – Támogatás a közép-kelet európai országok részére, az Irányítás és Menedzsment Fejlesztésére) Programját, hat volt szocialista ország (köztük Magyarország) megsegítésére. 1994-ben a programba további öt országot, később pedig országok egész sorát vontak be. A program fő feladata a rendszerváltó országok közigazgatási (kormányzati) kapacitásának bővítése, illetve annak elősegítése volt. Később, 1999-ben a programba bekapcsolódott az Európai Bizottság révén az Európai Unió is, hiszen annak Phare programja gyakorlatilag ugyan ezt célozta. A *SIGMA*

⁹ Schwarze J. *Europaisches Verwaltungsrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1988. A monográfia angol nyelvű változatára négy évet kellett várni. A kötet „*European Administrative Law*” címen jelent meg a Sweet and Maxwell kiadó gondozásában, 1992-ben. A kötet 2. kiadása 2005-ben, annak angol nyelvű változata pedig 2006-ben látott napvilágot Baden-Badenben, illetve Londonban.

Program keretében az OECD/EU tehát gyakorlatilag *ajánlásokat fogalmazott meg* a rendszerváltó államok számára annak érdekében, hogy megfelelően felkészülhessenek az EU-csatlakozásra, illetve a közösségi/uniós jog megfelelő érvényesítésére. Az ajánlások körében – témánk szempontjából – kettő bír kimagasló jelentőséggel. Az egyik a (nemzeti) közigazgatásoknak az Európai Közigazgatási Térségre való felkészítéséről, a másik pedig az Európai Közigazgatási elvekről szól.¹⁰ Az *első dokumentumban* három alapelv kerül rögzítésre:

1. Az uniós intézmények nem helyettesíthetők a nemzeti intézményekkel, ugyanakkor együttműködni kötelesek.

2. A nemzeti közigazgatások felelősséggel tartoznak az uniós döntések végrehajtásáért.

3. Annak ellenére, hogy az EU nem gyakorol közvetlen hatalmat a tagállamok közigazgatása fölött, mégis erős hatást gyakorol rájuk. Ezt leginkább az „eredménykötelem” kifejezés jeleníti meg leginkább. A tagállami közigazgatás legyen megbízható, átlátható és működjön demokratikusan.¹¹ Ezen követelményekről a 3. fejezet D. pontjában lesz részletesen szó!

Az “Európai közigazgatási alapelvekről” szóló *második dokumentum*leszögezi, hogy a formálódó Európai Közigazgatási Térségben vannak olyan alapelvek, amelyeket a közösségi jog érvényesülése érdekében a tagállamok érvényesíteni kötelesek. Éppen ezért a tagjelölteknek is érvényesíteniük kell, legkésőbb a csatlakozás érdekében megvalósítandó közigazgatási reformok révén. Ezeket az alapelveket az Európai Bíróság olyanként definiálta, amelyeket minden tagállamnak alkalmaznia kell. Nevezetesen: a törvényesség elve, az arányosság elve, a jogbiztonság elve, a törvényes elvárások elve, a diszkrimináció tilalmának elve, a bírósági tárgyalás igénybevételének joga, a jogorvoslathoz való jog. Az itt felsorolt alapelvek általánosan ismert kategóriák, ezért jelentésüket nem részletezzük.

Utalunk azonban arra, hogy a Dokumentum rendszerezi is a tagállamok jogrendszerében általánosan érvényesülő alapelveket, mégpedig a következő csoportosítás szerint: 1) megbízhatóság és kiszámíthatóság; 2) nyitottság és átláthatóság; 3) elszámoltathatóság (közfelelősség);

¹⁰ Lásd: OECD SIGMA/PUMA. Preparing Public Administrations for the European Administrative Space. *SIGMA Paper*. 1998. № 23. Malamint OECD SIGMA/PUMA. European Principles for Public Administration. *SIGMA Paper*: 1999. № 27.

¹¹ Az Európai Közösség és a tagállamok közigazgatásai közötti – viszonylag korai – kapcsolatról lásd például Cassese S. Divided Powers: European Administration and National Administrations. *The European Administration. International Institute of Administrative Sciences and European Institute of Public Administration / S. Cassese (szerk.).* Brussel, 1987.

4) hatékonyság és eredményesség. Ezeket az alapelveket a következő fejezetben tárgyaljuk, hiszen ezek (is) jellemzik az Európai Közigazgatási Térséget.

3. Az Európai Közigazgatási Térség fő jellemzői

Az EKT – illetve az Unióban fokozatosan megvalósuló közigazgatási integráció – sajátosságai tekintetében a szakirodalom viszonylag egységesen foglal állást. Az EKT sajátosságait, és fő jellemzőit az alábbiak szerint jelöljük meg.

3.1. Politikai stabilitás, illetve a demokratikus jogállamiság követelményeinek érvényesülése

Olyan jogrend fenntartása és működtetése, amely biztosítja a hatalmi ágak megosztását, a demokratikus intézmény-rendszert és annak működését, az alapvető jogok és szabadságok szabad érvényesülését, valamint a kisebbségi jogok tiszteletben tartását. Kiemelendő e körben azon uniós rendelkezés is, amely szerint az Unió az emberi méltóság tiszteletben tartásán, a szabadság, a demokrácia, az egyenlőség, a jogállamiság és az emberi jogok tiszteletben tartásán, mint értékeken alapszik.¹²

3.2. Fenntartható, és a környezetet kímélő gazdasági fejlődés, amelyben meghatározó tényező a szolidaritás eszméje

Az EUSz. 3. cikk (3) bekezdése erről a következőket írja: “Az Unió egy belső piacot hoz létre, és azon a fenntartható fejlődésért munkálkodik. A fenntartható fejlődés a belső piac kiegyensúlyozott gazdasági növekedésén, az árstabilitáson, a magas versenyképességű, teljes foglalkoztatottságon és a szociális piacgazdaságon alapszik. Mindez a környezet magas fokú védelmével párosul. Az Unió előmozdítja a tagállamok közti szolidaritást”.

A szolidaritás elve elsősorban a gazdasági, társadalmi és területi kohézió, mint az egyik uniós belső politika segítségével valósul meg, az EUMSz. 174–178 cikkei alapján. Ezek értelmében az Unió – az átfogó, harmonikus fejlődés elősegítése érdekében – úgy folytatja tevékenységeit, hogy az a kohéziót, az EU összetartó erejének növekedését eredményezze. Az Unió különösen a különböző régiók fejlettségi szintje közötti egyenlőtlenségek csökkentésére törekszik, továbbá kiemelt figyelmet fordít a vidéki térségekre, az ipari átalakulással érintett térségekre, a gyéren lakott és a szigeti régiókra. E célok elérését az Unió a Strukturális Alapok és az Európai Beruházási Bank forrásai, továbbá egyéb pénzeszközök felhasználásával biztosítja. A tagállamok

¹² Lásd bővebben az EUSz. 2. cikkét.

pedig – az EUMSZ. 175. cikkében – kötelezettséget vállaltak arra, hogy a kohéziós célok elérése érdekében összehangolják gazdaságpolitikájukat.

3.3. A tagállami (nemzeti) parlamentek súlyának csökkenése és a tagállami közigazgatások szerepének erősödése

Intézményi szempontból az európai integráció nyertesei a tagállamok közigazgatási szervei, különösen a központi szervek és azon belül is a miniszterek. Nem feledhető ugyanis, hogy a minisztereket tömörítő közösségi/uniós intézmény, a Miniszterek Tanácsa hosszú időn keresztül kizárólagos jogalkotó volt, jelenleg pedig, mint Tanács, a Parlament mellett társ-jogalkotó. Ennek következtében a tagállamok nemzeti parlamentjei – a közösségi/uniós jog végrehajtása szempontjából – alapvetően nem jogalkotók, hanem végrehajtók lettek. Egy szerző erről így fogalmazott 2007-ben: *“Azáltal, hogy a Tanács európai szinten a központi jogalkotó szerv, és számos kompetencia a nemzeti hatáskörből (együttal a nemzeti parlamentek kezéből) európai hatáskörbe került, anélkül, hogy az Európai Parlament helyzete hasonló mértékben megerősödött volna, egyfajta jogalkotási parlamenttelenítésnek lehettünk tanúi”*.¹³ Mindez természetesen felértékelte a tagállami miniszterek, és leértékelte a tagállami parlamentek közösségi/uniós szintű szerepét. Ezt illeti a szakirodalom „demokratikus deficit” megnevezéssel, amelynek csökkentésére az Unió hosszú ideje törekszik.¹⁴ Például az Európai Parlament részére egyre több jogalkotási hatáskör biztosítása (1986: Egységes Európai Okmány, 1992: Maastrichti Szerződés, 1997: Amszterdami Szerződés stb.), a tagállami parlamentek uniós jogalkotásba való bevonása (EUSz. 12. cikk), az Európai Parlamentnek az Európai Bizottság létrejöttébe és megszűnésébe való bevonása (EUSz. 17. és 18. cikk), stb. segítségével. Álláspontunk szerint a deficit azonban csak akkor szűnne meg teljesen, ha az Európai Parlament – akár a Tanáccsal együttesen – kizárólagos jogalkotóvá, a Bizottság pedig az EU kormányává válna. A fejlődés iránya kétségkívül ez, de ennek tényleges megvalósulásától még messze van az Unió. Másfelől pedig a 2008-as pénzügyi világválság, majd a 2015-től felerősödő migráció, éppen nem az integráció elmélyítésére, hanem sokkal inkább a tagállamok nemzeti intézményeinek megerősítésére ösztönözte és ösztönzi az EU tagállamait.¹⁵

¹³ Calliess C. Demokrácia az európai Állam- és Alkotmány-szövetségben. *Jogtudományi Közlemény*. 2007. November. 491. o. (kiemelés C. Calliesstől!).

¹⁴ Chiti M., Greco G. *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*. Milano, 2007.

¹⁵ Lásd erről például : Forgács I. *Mégsem éjjeliőr? Az európai kormányzás esélyei és a pénzügyi válság*. Budapest : Osiris Kiadó, 2009.

3.4. Megbízható, átlátható és demokratikus közigazgatás fenntartása, illetve működtetése

Amegbízhatóság kapcsán abból kell kiindulni, hogy a tagállamok alapvetően külső befolyástól mentesen, szabadon szervezhetik meg közigazgatásukat, vagyis nem beszélhetünk ún. közigazgatási *acquis*ról. Az EU számára tehát általánosságban közömbös, hogy a nemzeti közigazgatások milyen szervezeti megoldásokat és működési módszereket alkalmaznak, milyen köztisztviselői karral rendelkeznek, a lényeg az: a közigazgatás úgy működjön, hogy az uniós jogi aktusokban meghatározott feladatokat maradéktalanul és helyesen hajtsa végre, az Unió által kitűzött társadalmi, gazdasági és politikai célok elérése érdekében. A hangsúly tehát az uniós célok elérésén, realizálásán, azaz végeredményben az *acquis communautaire* hatékonyalkalmazásán és érvényesítésén van! Ennek érdekében az EU mindenképp azt várja el, hogy a tagállamok közigazgatási szervezetrendszerének felépítése és működése megbízható legyen: a jogrendszerbe időben épüljenek be az uniós előírások, azokat a különböző hatóságok ténylegesen és hatékonyan alkalmazzák is, továbbá tegyék lehetővé azok betartásának uniós szintű folyamatos ellenőrzését, és a jogviták megfelelő eszközökkel történő rendezését. A megbízhatóság magában foglalja a hatékonyság különböző elemeit: a pontosságot, a gyorsaságot, a dinamikus alkalmazkodóképességet, továbbá az EU legfőbb céljainak, a gazdasági-és pénzügyi uniónak, valamint a politikai uniónak az elérését.

Az EU elvárása az is, hogy a tagállamok közigazgatása *átlátható* legyen: egyértelmű legyen az uniós intézményekkel, és mindenképp az Európai Bizottsággal kapcsolatot tartó nemzetállami szervek köre, a döntési szintek és hatáskörök legyenek pontosan rögzítve és megfelelően elhatárolva, továbbá a különböző nemzeti intézmények hatáskörei szervesen illeszkedjenek egymáshoz: ne legyen se “légüres tér”, se hatásköri átfedés.

Végül: az EU elvárása az is, hogy a nemzeti közigazgatási rendszerek *demokratikusan működjenek*. A demokrácia követelménye a jogállamiságot, az emberi jogok és alapvető szabadságok tiszteletben tartását, a többpártrendszert, a népuralmat, a köztisztviselők és egyéb közhatalmat gyakorlók pártsemlegességét, a jogszabályok stabilitását, és a közigazgatás kiszámítható működését jelenti.¹⁶

¹⁶ A tagállamok eredménykövetelméről, illetve a megbízhatóság, az átláthatóság és a demokratikus működés kritériumairól lásd : Forunier Jacques. A megbízható közigazgatás. *Magyar Közigazgatás*. 1997. № 10.

Amennyiben az EU tagállamai nem tesznek eleget ezen uniós elvárásoknak, akkor az Európai Bizottságnak és a többi tagállamnak megvannak a jogi eszközei a kikényszerítésre, elsősorban az EUMSz. 114, 126, 258, és 259 cikk szerinti eljárásokban.

3.5. Az európai-, illetve a jó kormányzás alapelveinek érvényesülése az egész Európai Unióban: uniós, tagállami és önkormányzati szinten egyaránt

Itt alapvetően az Európai Bizottság által 2001-ben kiadott “Az Európai kormányzásról” című Fehér Könyvről van szó.¹⁷ A kritikus helyzetelemzést követően a Dokumentum kimondja: ahhoz, hogy az uniós intézmények közelebb kerüljenek az uniós polgárokhoz, meg kell valósítani a “jó kormányzás” öt alapelvét: a nyitottság, a részvétel, az elszámoltathatóság, a hatékonyság és a koherencia követelményeit. A *nyitottság* (openness) elve azt a követelményt támasztja az intézményekkel szemben, hogy a jelenleginél sokkal nyitottabban kell működniük, fizikai értelemben is. Sőt: mindenki számára érthetővé kell tenniük, hogy mit, miért tesznek, milyen döntéseket hoznak, és ezt megfelelő nyelvezettel, közérthető formában kell kommunikálniuk. A *részvétel* (participation) elve a döntések megalapozottságát teremti meg, egyben növeli a polgároknak az intézményekbe vetett bizalmát, hiszen a polgároknak, valamint a különböző civil, és egyéb szervezeteknek a döntések meghozatalába való beleszólását biztosítja. Meg kell tehát szüntetni azt a helyzetet, hogy a döntéshozatal kizárólag az érintett közösségi intézményeknek a kiváltsága. Az *elszámoltathatóság, illetve aszámadási kötelezettség* (accountability) elve azt jelenti, hogy minden intézmény köteles egyfelől elmagyarázni és mindenkivel megértetni, hogy mit, miért tesz, másfelől pedig vállalnia is kell magatartásának, vagy mulasztásának következményeit. A *hatékonyság* (effectiveness) elve *három követelményt támaszt* az intézményekkel szemben. Egyrészt azt, hogy a különböző politikákat világos célok mentén, a múltbeli tapasztalatokra, és a jövőben várható hatásokra is figyelemmel, megfelelő időben kell megvalósítani (időszerűség). Másrészt azt, hogy a meghozott döntéseknek, illetve a döntések következményeinek mindig arányban kell

¹⁷ European Governance: A White Paper Commission of the European Communities. Brussels, 25.07.2001 COM (2001) 428.

Megjegyzés : kezdetben az Európai Közösség, majd az Európai Unió gyakorlatában a “fehér könyv” olyan dokumentumot jelentett és jelent, amely szerzőjének (hivatalos) javaslatát tartalmazza egy adott kérdésben. A “fehér könyv” tehát szerzőjének egy olyan politikai stratégiai koncepciója, amely a lehető legszélesebb szakértői és állampolgári konzultáció alapjaként kíván szolgálni.

állniuk a kitűzött célokkal (arányosság). Harmadrészt azt, hogy a döntéseket mindig a legmegfelelőbb szinten kell meghozni (szubszidiaritás elve). A *koherencia* (coherence) elve az együttműködés különböző területei közötti összhang megteremtését és érvényesítését követeli meg az intézményektől. Világosan kell látniuk, hogy a világban bekövetkező változások egyre összetettebbek, ezért az erre adott válaszoknak is komplexnek és megfelelően összehangoltak (koherensnek) kell lenniük.

A Bizottság Fehér Könyve kimondja azt is, hogy a „jó kormányzás” elveit az Unió egész területén: minden uniós, továbbá tagállami hatóságnál is érvényesíteni kell. A tagállamok központi apparátusaiban és az önkormányzatoknál is. Látható, hogy itt alapvetően *az uniós intézményekkel és a tagállamok nemzeti hatóságaival, mint szervezetekkel szembeni elvárások* megfogalmazásáról van szó. Ezt azért kell hangsúlyozni, mert a tagállami közigazgatási hatóságok eljárásának egységesítéséről már az EKT következő jellemzője kapcsán ejtünk szót.¹⁸

3.6. Az eljárásrendek harmonizációja, avagy olyan eljárási szabályok és intézmények alkalmazása, amelyek biztosítják az uniós jog érvényesülését

Az utóbbi években egyre inkább egyetértés mutatkozik abban, hogy az Európai Unióban megvalósult gazdasági integrációt követnie kell a közigazgatási integrációnak is, hiszen az nem megengedhető, hogy az Unió szintjén megalkotott jogszabályokat a tagállamok huszonhét féleképpen hajtsák végre. Az Európai Közigazgatási Térségben tehát megkezdődött a tagállamok nemzeti közigazgatási szerveinek és hatósági *eljárásainak egyfajta egységesítése* (európaiasítása, vagy európaizálása) is.

A nyitányt az *OECD* korábban hivatkozott az európai közigazgatási eljárási elvekről szóló *Ajánlása* jelentette.¹⁹ E dokumentum – mint láttuk – *négy csoportba* rendezi a tagállami közigazgatási jogokkal szembeni követelményeket, az Európai Bíróság által érvényesített általános jogelvek figyelembe vételével. Ezek a következők:

- a) megbízhatóság és kiszámíthatóság; b) nyitottság és átláthatóság;
- c) elszámoltathatóság (közfelelősség), d) hatékonyság és eredményesség.²⁰

Ad. a) Megbízhatóság és kiszámíthatóság (reliability, predictability).

¹⁸ Megjegyezzük, hogy a „jó kormányzás” és a „nyitottság” kifejezést az EUMSZ. is használja a 15 cikkben, amikor kimondja, hogy ezen elvek érvényesülésének előmozdítása érdekében az Unió intézményei és szervei a nyitottság elvének tiszteletben tartása mellett járnak el.

¹⁹ Lásd a 10. lábjegyzetben említett második dokumentumot!

²⁰ Ezeket az elveket elemzi a magyar szakirodalom is. Lásd például: Jenei György. *Közigazgatás – menedzsment*. Budapest : Századvég Kiadó, 2005. Című munkájának a 3.2.2. fejezetét, valamint Józsa Zoltán 3. lábjegyzetben hivatkozott tanulmányát.

E két alapelv tulajdonképpen a közigazgatási szervek cselekvéseinek és döntéseinek joghoz kötöttségét, a jog uralmát, a törvényesség elve érvényesülését jelenti. A közigazgatás tehát csak és kizárólag azt teheti, amire felhatalmazása van (hatáskör elve), ha azonban van felhatalmazása, akkor cselekednie kell (hivatalból való eljárás elve). Éppen ezért az ilyen közigazgatás szükségképpen kiszámítható.

Ezen alapelvek szolgálatában azonban további princípiumok állnak. Nevezetesen: az arányosság elve, a korrekt (fair) eljárás elve, az időszerűség elve, valamint a professzionalizmus elve. Az arányosság elve azt a követelményt tartalmazza, amely szerint a döntéseknek arányosnak kell lennie a jog által meghatározott célokkal, anélkül, hogy szükségtelenül hátrányt okozna a polgároknak. A korrekt (fair) eljárás elve az ügyek részleghajlás nélküli elintézését jelenti, és kiterjed a hatóságok tájékoztatási kötelezettségére is. Az időszerűség elve azt jelenti, hogy a közigazgatási döntéseket a törvényben meghatározott határidőn belül kell meghozni, hiszen a késedelem igazságtalanságot okozhat, illetve megnehezíti a bizonyítékok beszerzését. A professzionalizmus elve a közszolgáltatásra vonatkozó követelmény, vagyis a köztisztviselőknek képzettnek, pártatlannak, előítélet-mentesnek, és szakmailag függetlennek kell lenniük.

Ad. b) Nyitottság és átláthatóság (openness, transparency).

A nyitottság elve azt jelenti, hogy a közigazgatás elérhető egyfelől a külső vizsgálatok, másfelől az érintett polgárok számára. Az átláthatóság elvének érvényesülése pedig az ellenőrzés és a vizsgálat céljának megvalósulását teszi lehetővé. A két elv érvényesülése végül-is arra ad módot, hogy a közigazgatással érintettek megismerhessék jogaikat, a külső szervek pedig felülvizsgálhassák a döntések jogszerűségét. Mint ilyenek előfeltételei a törvényesség, az egyenlőség és az elszámoltathatóság elve érvényesülésének.

A nyitottság és az átláthatóság elve a közigazgatás világában két speciális célt szolgál. Egyfelől a közérdek védelmét, csökkentve a hibás döntések és a korrupció lehetőségét, másfelől pedig az egyéni jogok védelmét, azáltal, hogy elvárják a döntések racionális indoklási kötelezettségét és hozzásegítik az érdekelteket ahhoz, hogy jogorvoslati lehetőségeikkel éljenek.

A XVIII. század végéig – Svédország kivételével – általános gyakorlat volt a közigazgatásban a titkosság és a szabad mérlegelés, a diszkréció. Az ezt követő időkben a nyitottság csak azt jelentette, hogy a jogszabályok és az egyedi döntések csak akkor váltak alkalmazhatóvá, ha közölték az érdekeltekkel. A nyitottság és az átláthatóság, vagyis a nyitott kormányzás csak a XX. század vége felé vált a demokratikus jogállamiság egyik alapelvevé.

Ad. c) Elszámoltathatóság (közfelelősség: accountability).

A közigazgatás tekintetében az elszámoltathatóság a közfelelősséggel szinonim fogalomként azt jelenti, hogy minden *hatóságnak felelnie kell cselekedeteiért vagy mulasztásaiért* más hatóság, bíróság, vagy a törvényhozó előtt. Másik oldalról úgy is fogalmazhatunk, hogy egyetlen hatóság sem vonhatja ki magát a külső szervek vizsgálatai alól. E felülvizsgálatok azonban minden esetben a tételes jog által rögzített szabályok betartásával valósíthatók meg, rendkívül összetett módon: a fellebbezés elbírálása a felettes hatóság által, a meghozott döntések bírósági felülvizsgálata, az ombudsman vagy az ügyész vizsgálata, vagy éppen a parlament vizsgálata. A felülvizsgálatok végső célja annak biztosítása, hogy a közigazgatás törvényesen működjön: érvényesüljön a közérdek és érvényesüljenek az egyéni jogok is.

Az elszámoltathatóságnak nem csak közigazgatási, hanem egyéb (például: politikai, szakmai stb.) aspektusai is vannak. A közigazgatási aspektusait, illetve *a közfelelősség jellemzőit* szakirodalom a következők szerint összefoglalja:

- Elvi alapja: az eljárás jogszerűségének vizsgálata;
- Tárgya: a közigazgatási cselekvés jogszerűsége;
- Kritériuma: a hatályos jogszabályoknak való megfelelés;
- Iránya: a szervezeten belülre (felettes szervek) és a szervezeten kívülre (állampolgárok, bíróság);
- Mechanizmusa: belső és külső vizsgálatok, jogi és bírósági kontroll;
- Következményei: helyben hagyás, módosítás, megsemmisítés, szankció alkalmazása, kompenzáció.²¹

Ad. d) Hatékonyság és eredményesség (efficiency, effectiveness).

A *hatékonysága* felhasznált erőforrások és az elért eredmények közötti kedvező (jó) arányokat jelenti, és mint ilyen, a gazdasági élet kategóriája. A történelmi fejlődés során azonban az állam vált a közszolgáltatások gazdájává, így e kategória az utóbbi néhány évtizedben polgárjogot nyert a közigazgatásban is. Spanyolország esetében például ez az elv már az 1978 évi alkotmányban is megjelent, a törvényesség elve, a nyitottság elve és a pártatlanság klasszikusnak mondható közigazgatási elvei mellett.

Az *eredményesség* a hatékonysághoz kapcsolódó érték, amely arra utal, hogy a közigazgatás teljesítménye mennyire sikeres a törvényhozó által meghatározott célok elérésében. Mint ilyen, alapvetően a közpolitikák

²¹ Cendon A. *Accountability in Public Administration: Concepts, Dimension, Developments. Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities* / M. Kelly (szerk.). Maastricht : EIPA, 1999.

elemzését és értékelését jelenti, illetve annak megbecsülését, hogy azok mennyiben valósultak meg a köztisztviselők tevékenységében.

A hatékonyság, mint a közigazgatás működési értéke látszólag szemben áll a közigazgatás törvény alá rendeltsége, vagyis a törvényesség elvével. Nem véletlen, hogy a közigazgatás irányítói a törvényesség elve érvényesítését gyakran hatékonyság-ellenes korlátozásnak tekintik. A feszültség, illetve konfliktus tehát kétség kívül fennáll, amit a különböző kormányok igyekeznek is kiküszöbölni. Ide sorolható példa lehet a kiszervezések megvalósítása, vagy a magánszektor bevonása a közfeladatok ellátásába (PPP-projektek).

Az OECD mellett – az Európai Unión kívüli másik európai integrációs szervezet, az 1949-ben létrehozott – *Európa Tanács* is igyekezett hozzájárulni a nemzetállami közigazgatások közelítéséhez, egységesítéséhez. Az eltelt mintegy hetven év alatt, az Európa Tanács számtalan egyezményt dolgozott ki és nyitott aláírásra meg a tagállamai előtt, továbbá számtalan ajánlást is tett a tagállamok számára. Az *egyezmények* között, témánk szempontjából kiemelkedő az Emberi Jogok Európai Egyezménye, valamint a Helyi Önkormányzatok Európai Chartája. A részletek mellőzése mellett, ez utóbbi dokumentum jelentőségét abban látjuk, hogy egyfajta európai standardot rögzít arra nézve, hogy az európai államok milyen önkormányzati minimumokat kötelesek érvényesíteni.

Az Európa Tanács (Miniszeri Bizottsága) *ajánlásai* körében jelentős szerepet játszik a tagállami közigazgatások egységesítésében az *2007-ben kiadott, a "Jó közigazgatásról"* szóló ajánlás.²² A Dokumentum abban látja a "Jó közigazgatás" garanciáját, hogy az Európa Tanács tagállamainak kormányai mind-mind támogatják a közigazgatási hatóságok szervezetének és működésének hatékonyabbá, eredményesebbé és költségtudatosabbá tételét. Ennek érdekében az ajánlás "az eljárásrendek harmonizációját" kívánja ösztönözni oly módon, hogy a tagállamokat a mellékletben csatolt *"Mintaszabályzat"* követésére hívja fel. A *Mintaszabályzat* a következő *közigazgatási (eljárási) alapelvek* általános tagállami érvényesítését rögzíti, és ezzel egyfajta *európai minimum eljárási standardot állapít meg*:

- a közigazgatás törvénynek való alárendelése (2. cikk);
- az egyenlő bánásmód elve (3. cikk)'
- az ésszerű határidőn belüli döntéshozatal elve (7. és 13. cikk);
- a személyes adatok védelmének elve (9. cikk);
- az átláthatóság elve (10. cikk);

²² Recommendation CM/REC(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. 20 June 2007.

- a bírósági felülvizsgálat elve (22. cikk), valamint;
- a közigazgatási jogkörben okozott kár megtérítési kötelezettségének elve (23. cikk). Látható, hogy ezek az elvek mennyire hasonlítanak, illetve esetenként egybe is esnek, az OECD korábban tárgyalt, az európai közigazgatásra vonatkozó alapelveivel. Rögzíteni kell azonban azt is, hogy a közigazgatási hatósági eljárás általános szabályairól szóló magyar törvény (a 2004. évi CLX. törvény) minden tekintetben érvényesítette ezeket az elveket.²³ Az e törvényt hatályon kívül helyező, az általános közigazgatási rendtartás szabályairól szóló 2016. évi CL törvényről ugyan ez mondható el!

3.7. Független, és a fair eljárás szabályait betartó bírósági rendszer működtetése

A modern államban, a parlament által meghozott törvények végrehajtásáról két szervezet-rendszer, a közigazgatás és a bíróság gondoskodik. A XVIII. és a XIX. században aztán megtörtént e két szervezet-rendszer szétválasztása és önálló hatalmi ágként való működtetése.²⁴ E folyamat nem érintette (érinti) azt a tényt, hogy a közigazgatás mellett végeredményben a bíróságok is jogalkalmazó szervek: az általános jogi normát egyedi (konkrét) esetben alkalmazzák. Természetesen más cél, más eljárási szabályok, és részben más elvek mellett.

A demokratikus jogállam alapismérve az államhatalmi ágak elválasztásának és egyensúlyának az elve. Az ilyen rendszerben nem csak a bíróságok, hanem a bírák is függetlenek, csak a törvénynek vannak alárendelve. Mindazonáltal a törvényeket ők is kötelesek betartani és betartatni, továbbá érvényesíteni a fair eljárás szabályait: az ügyfelet és az ellenérdekű felet meghallgatni, ésszerű határidőn belül dönteni, a döntést indokolni, valamint a döntés ellen jogorvoslati lehetőséget biztosítani. Az ilyen bírósági rendszerben természetesen biztosított a közigazgatási határozatok bíróság előtti megtámadásának a lehetősége is, ahogyan arra az előző jellemző kapcsán utaltunk (Lásd: az Ajánlás 22. cikkét). Akár az egységes bírósági szervezeten belül működő rendes bíróság (például az Egyesült Királyságban), akár az azon kívül működő közigazgatási bíróság útján (mint például Németországban).

²³ Lásd erről bővebben : Fábíán A. Az EU-jog és a tagállami közigazgatási eljárás kapcsolódási pontjai. *Magyar közigazgatás*. 2006. № 10.

²⁴ A szervezetenként is önálló (bíróságtól független) közigazgatást először az USA hozott létre 1787-ben, majd Franciaország 1789-ben. Magyarországon erre 1869-ben, Angliában pedig 1888-ban került sor.

3.8. Olyan közszektor fenntartása és működtetése, amely törvényesen, a polgárok megelégedésére és hatékonyan látja el feladatait

A közszektor fogalma alatt azokat az új érték teremtéssel járó tevékenységeket értjük, amelyek közjavak előállításához vagy szolgáltatásához kapcsolódnak, de nem foglalják magukba az állami közhatalom birtokában ellátott tevékenységeket. A fogalom központi eleme természetesen a “közjavak” köre, ami rendszerint az alkotmányban manifesztálódik, mint alapjog. Egy adott szolgáltatást tehát az állam minősít közszolgáltatásnak, és ő maga (illetve szervezete) szabályozza, illetve nyújtja. A közjavak egy része az infrastruktúrához, más része pedig közvetlenül az ember személyéhez kapcsolódik. Az infrastrukturális közszolgáltatások a modern Európában rendszerint a következők: egészséges ivóvízzel való ellátás, közvilágítás, közutak fenntartása, köztemető fenntartása, környezetvédelem, hulladék-gazdálkodás, ár-és belvíz védelem, tűzvédelem. A humán közszolgáltatások köre a modern Európában rendszerint a következő: óvodák és iskolák fenntartása, közművelődési intézmények működtetése, egészségügyi és szociális intézmények fenntartása.²⁵

3.9. Polgári (politikai) irányítás mellett, de politikailag semleges, és törvényes keretek között működő fegyveres erők és rendvédelmi szervek

A demokratikus jogállam egyik ismérve az, hogy az állam külső biztonságát szavatoló fegyveres erők (a hadsereg), valamint a belső rendet biztosító rendvédelmi szervek (rendőrség, polgári védelem, tűzoltóság, büntetés-végrehajtási szervek) polgári irányítás alatt állnak. Ellenkező esetben ugyanis katonai diktatúráról van szó. A polgári irányítás azt jelenti, hogy e (közigazgatási) szerveket rendszerint a kormány irányítja, és valamelyik miniszter felügyeli. A politikailag semlegesség fogalma pedig azt jelenti, hogy a katonák és a rendvédelmi dolgozók nem folytathatnak politikai tevékenységet. Mindenkor kötelesek a jogszabályokat betartva, az aktuális politikai hatalommal szemben lojálisan tevékenykedni.

3.10. A decentralizáció, a szubszidiaritás és a szolidaritás elvének érvényesülése

A decentralizáció a modern állam szervezésének egyik elve. Az államhatalom központi szintről történő „leadását” jelenti az állam területi és/vagy helyi szervei részére, ésszerűségi, célszerűségi, vagy más okok miatt.

²⁵ Lásd erről bővebben például Horváth M. Tamás (szerk.). Piacok a főtéren. Helyi kormányzás és szolgáltatás-szervezés. Budapest : Magyar Közigazgatási Intézet, 2007.

A *szubszidiaritás* elvének általános jelentése az, hogy egy adott kérdésben ott kell dönteni, ahol a kérdés felvetődött, hiszen ott áll rendelkezésre a legtöbb információ. Az Unió esetében ezt az elvet a Maastrichti Szerződés vezette be még 1992-ben, és az EUSz. 5. cikke erősítette meg, gyakorlatilag azonos tartalommal. E szerint azokon a területeken, amelyek nem tartoznak az Unió kizárólagos hatáskörébe, az Unió csak akkor és annyiban jár el, amikor és amennyiben a tervezett intézkedés céljait a tagállamok – tagállami intézkedésekkel – nem tudják kielégítően elérni, így azok az Unió szintjén jobban megvalósíthatók.

A *szolidaritás* elve kérdését a korábbiakban már érintettük. Rámutatunk arra, hogy a tagállamok egymás közötti viszonylatában értelmezendő fogalomról van szó, amelynek megvalósulását az Unió előmozdítja, illetve támogatja. Az EUSz. 3. cikk (3) bekezdése szerint ugyanis az Unió előmozdítja a gazdasági, társadalmi és területi kohéziót, valamint a tagállamok közötti szolidaritást. E cél elérését szolgálja az uniós költségvetés mintegy egyharmadának a tagállamok által történő felhasználása!

A decentralizáció, a szubszidiaritás és a szolidaritás elve érvényesülésének következtében az Unióban egyfelől megerősödtek a szubnacionális szervek (a régiók) a központi szervek terhére, másfelől pedig csökkentek a különböző régiók közötti fejlettségi különbségek.²⁶

3.11. Stabil, kiszámítható, hozzáértő, magasan képzett és pártatlan köztisztviselői kar

Az itt felsorolt közszolgálati alapelvek és értékek a jogállamiság elvéből fakadnak, és részben már érintettük is őket. Az Európai Unió intézményeiben dolgozó több ezer uniós tisztviselő számára a köztisztviselői pálya életre szóló hivatás, és alapvető uniós érdek fűződik annak stabilitásához, kiszámíthatóságához, magas szintű képzettségéhez és pártatlanságához. Mindezen követelményeket a közösségi szabályozás – lásd a több mint száz alkalommal módosított 259/68/EGK, Euratom, ESZAK tanácsi rendeletet – biztosítja, vagyis adott a karrier-rendszerű uniós életpálya. Látni kell ugyanakkor azt is, hogy az uniós jog érvényesítése, sőt, már az alkotásában való közreműködés is, nem csak az uniós tisztviselők, hanem a tagállamok köztisztviselői számára is fontos feladat. Éppen ezért indokolt, ha rájuk is vonatkoznak azok a követelmények, amelyek irányadók az uniós tisztviselőkre. Mindezek azért rendkívül fontos körülmények, mert az uniós jog alkotása és érvényesítése során az uniós és a tagállami tisztviselők rendszeresen találkoznak,

²⁶ Lásd erről bővebben : Torma A. Idea of the European Union's organizational system. *Curentul Juridic – Juridical Current*. Year XII. № 2 (37). Tirgu-Mures, 2009.

megismerik egymást, ami jelentősen hozzájárulhat az uniós jogalkotás és a jogalkalmazás sikeréhez. A rendszeres találkozások eredményeként az uniós tisztviselők egyre jobban megértik és elfogadják a tagállami köztisztviselőket, illetve érveiket, míg a tagállami köztisztviselők egyre jobban megértik és elfogadják az uniós tisztviselőket, illetve érveiket. Ennek következtében a tagállami köztisztviselők is egyre inkább “európaizálódnak”, ezért rögzíti az EUMSZ. igazgatási együttműködésről szóló 197. cikke azt, hogy az uniós jog tagállami végrehajtása “közös érdekű” ügy.

Ugyanakkor látni kell azt is, hogy az EUMSZ. 45. cikke rögzíti a munkavállalók szabad mozgásának jogát az Unióban, ami azt jelenti, hogy az uniós polgárok szabadon vállalhatnak munkát bármely más tagállamban. Ez a jog csak közrendi, közbiztonsági, vagy közegészségügyi okok miatt korlátozható. A 45. cikk (4) bekezdése azonban kimondja, hogy e rendelkezések éppen a közszolgáltatásban történő foglalkoztatásra nem vonatkoznak, vagyis a tagállamoknak joguk van a közszolgáltatást tagállami állampolgársághoz, vagy bármely egyéb feltételhez kötni. Nyilvánvalóan azért, mert közhatalom gyakorlásáról van szó.

4. Az Európai Közigazgatási Térség jövője

A fent kifejtettek alapján levonható az *akövetkeztetés*, hogy az Európai Unió által már eddig kialakított – belső államhatárok nélküli – egységes földrajzi terület, az ugyancsak egységes európai polgárság ténye, továbbá a megvalósított egységes piac, gazdasági, pénzügyi és politikai unió, valamint az uniós jog hatékony érvényesülésének szükségességemegköveteli a tagállamok közigazgatásának további közelítését, bizonyos esetekben egységesítését is. Ez a folyamat, amelyet korábban “európaizálásnak, vagy európaizálásnak” neveztünk – hosszabb távon, tendenciáját tekintve – elvezethet a nemzetállami közigazgatások konvergenciájához, és egy valóban egységes európai közigazgatásnak a kiteljesedéséhez, kétségtelenül tovább csorbitva ezzel a tagállamok szuverenitását. E folyamatot erősíti az „európai közigazgatási jog” kialakulása és fokozatos fejlődése, amelynek tekintetében különösen az eljárási szabályok területén, valamint az uniós fejlesztési források felhasználása tekintetében történt jelentős előrelépés az egységesítésben, de nem kevésbé fontos az EUSZ.-t és az EUMSZ.-t létrehozó Lisszaboni Szerződés által elért eredmény sem.²⁷

²⁷ Az európai közigazgatásról lásd például : Ibanez Alberto J. 7. lábjegyzetben említett művét, továbbá Torma A. Az európai közigazgatás fogalma. *Publicationes Universitatis Miskolcensis. Sectio Juridica et Politica.* Tomus XXIII/2. Miskolc University Press, 2005, továbbá Torma A. Hét tézis az EU és a tagállamok közigazgatása közötti kapcsolatról. *Publicationes Universitatis Miskolcensis. Sectio Juridica et Politica.* Tomus XXIX. Miskolc University Press, 2011.

Mindazonáltal látni kell azt is, hogy a *Lisszaboni Szerződés sem oldotta fel azt a feszültséget, amely az uniós jog hatályának egységessége és a tagállamok közigazgatásának önállósága között feszült és feszül.* Márpedig ez előbb-utóbb fontos lenne, mert az EU és annak részeként az “Európai Közigazgatás, illetve az Európai Közigazgatás Jog” fejlődése egy sor új kihívás előtt áll. Uthalatunk a migrációra, a globalizációra, az energia és környezetvédelmi problémákra, valamint a terrorizmus elleni harcra.²⁸ Ezen kérdéskörök részletes tárgyalása azonban sajnos meghaladja a rendelkezésünkre álló kereteket, ezért önálló tanulmány tárgya lehet.

IRODALOMJEGYZÉK

1. Calliess C. Demokrácia az európai Állam- és Alkotmány-szövetségben. *Jogtudományi Közöny.* 2007. November.
2. Cassese S. Divided Powers: European Administration and National Administrations. *The European Administration. International Institute of Administrative Sciences and European Institute of Public Administration / S. Cassese (szerk.).* Brussel, 1987.
3. Cendon A. Accountability in Public Administration: Concepts, Dimension, Developments. *Openess and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities / M. Kelly (szerk.).* Maastricht : EIPA, 1999.
4. Chiti M., Greco G. Trattato di Diritto Administrativo Europeo. Milano, 2007.
5. Czuczai J. Közigazgatás és európai integráció. *Magyar Közigazgatási Jog Különös Rész / L. Ficzer Lajos, I. Forgács (szerk.).* Budapest : Osiris Kiadó, 1999.
6. D’Orta C. What for the European Administrative Space? Maastricht : EIPA, 2003.
7. European Governance: A White Paper Commission of the European Communities. Brussels. 25.07.2001. COM (2001) 428.
8. Fábrián A. Az EU-jog és a tagállami közigazgatási eljárás kapcsolódási pontjai. *Magyar közigazgatás.* 2006. № 10.
9. Forgács I. Mégsem éjjeliőr? Az európai kormányzás esélyei és a pénzügyi válság. Budapest : Osiris Kiadó, 2009.
10. Forunier J. A megbízható közigazgatás. *Magyar Közigazgatás.* 1997. № 10.
11. Gil I., Alberto J. A közösségi jog ellenőrzése és végrehajtása. Budapest : Osiris Kiadó, 2000.

²⁸ Jürgen Schwarze (ed.). Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts. Baden-Baden : Nomos Verlag, 2008.

12. Horváth M. Tamás (szerk.) Piacok a főtéren. Helyi kormányzás és szolgáltatás-szervezés. Budapest : Magyar Közigazgatási Intézet, 2007.

13. Jenei G. Közigazgatás – menedzsment. Budapest : Századvég Kiadó, 2005.

14. Józsa Z. Az európai közigazgatási tér összefüggéseiről. *Magyar Közigazgatás*. 2003. № 12.

15. OECD SIGMA/PUMA. European Principles for Public Administration. *SIGMA Paper*. 1999. № 27.

16. OECD SIGMA/PUMA. Preparing Public Administrations for the European Administrative Space. *SIGMA Paper*. 1998. № 23.

17. Prof. Schmidt-Assmann Eberhard. Az európai közigazgatás együttműködési és alá-fölé rendeltségi modellje. *Európai Jog*. 2003. № 3.

18. Recommendation CM/REC (2007) 7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. 20 June 2007.

19. Schwarze J. (szerk.). Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts. Baden-Baden : Nomos Verlag, 2008.

20. Schwarze J. Europäisches Verwaltungsrecht. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1988.

21. Torma A. Az európai közigazgatás fogalma. *Publicationes Universitatis Miskolcensis*. Sectio Juridica et Politica. Tomus XXIII/2. Miskolc University Press, 2005.

22. Torma A. Hét tézis az EU és a tagállamok közigazgatása közötti kapcsolatról. *Publicationes Universitatis Miskolcensis*. Sectio Juridica et Politica. Tomus XXIX. Miskolc University Press, 2011.

23. Torma A. Idea of the European Union's organizational system. *Curentul Juridic – Juridical Current*. Year XII. № 2 (37). Tirgu-Mures, 2009.

Information about author:

Torma András,

Ph. D., Professor,

Egyetemi Tanár, Rektor

Miskolci Egyetem

Miskolc-Egyetemváros, 3515, Hungary

THE SCOPE OF COMPETENCE OF THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE¹

Udvarhelyi Bence

INTRODUCTION

Twenty years after the first appearance of the idea in the so-called *Corpus Juris*, the *European Public Prosecutor's Office* was finally established by the Council on the 12th October 2017.² The adoption of the Council Regulation was preceded by a long, intense and cumbersome negotiation procedure. The Proposal on the establishment of the European Public Prosecutor's Office was issued by the European Commission in July 2013 based on *Article 86 TFEU*.³ According to this legal basis, the Council, by means of regulations adopted in accordance with a special legislative procedure, may establish a European Public Prosecutor's Office from Eurojust in order to combat crimes affecting the financial interests of the Union.

Shortly after the issuance of the Commission's Proposal, 14 chambers of national parliaments from 11 Member States issued *reasoned opinions* based on *Protocol No 2 to the Treaties on the application of the principles of subsidiarity and proportionality*⁴, *requesting the Commission to review the Proposal*.⁵ In its answer, the Commission concluded that its Proposal complies with the principle of subsidiarity and maintained it. However, the Commission promised to take due account of the reasoned opinions of the national Parliaments during the legislative process.⁶ After that, as

¹ "The described study was carried out as part of the EFOP-3.6.1-16-2016-00011 "Younger and Renewing University – Innovative Knowledge City – institutional development of the University of Miskolc aiming at intelligent specialisation" project implemented in the framework of the Szechenyi 2020 program. The realization of this project is supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund".

² Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office [OJ L 283, 31.10.2017, p. 1–71] (hereinafter referred to as – EPPO Regulation).

³ Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office [COM (2013) 534 final, 17.07.2013] (hereinafter referred to as – EPPO Proposal).

⁴ Article 5(3) – (4) TEU.

⁵ Csonka P., Juszcak A., Sason E. The Establishment of the European Public Prosecutor's Office. The Road from Vision to Reality. *Eucrim – The European Criminal Law Associations' Forum*. 2017. № 3. P. 125.

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the National Parliaments on the review of the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office with regard to the principle of subsidiarity, in accordance with Protocol № 2 [COM (2013) 851, 27.11.2013].

a result of discussions within the Council, the draft has been progressively developed, supplemented and clarified, in particular the organization and the structure of the European Public Prosecutor's Office has changed significantly and the substantive and procedural rules has become more accurate and detailed.

However, there was an immense obstacle before the adoption of the EPPO Regulation: Article 86 TFEU requires a *special legislative procedure* and *unanimity* in the Council after obtaining the consent by the Parliament. During the long negotiations, it became clear that the unanimity required for the adoption of the regulation cannot be achieved. However, the Treaty provides for the possibility for *enhanced cooperation* in case of the lack of unanimity. On the 3rd April 2017, 16 Member States announced their intention to establish the European Public Prosecutor's Office through enhanced cooperation⁷, based on which the Regulation was finally adopted after four years of negotiations. The EPPO Regulation entered into force on the 20th November 2017 and will begin its activity at the end of 2020, according to plans of the Commission.⁸

The aim of this article is to analyse one of the key features of the EPPO Regulation, i.e. the material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office. The question of competence of the EPPO is of crucial importance since it determines the extent of activities of the new supranational EU body.

1. The general tasks of the European Public Prosecutor's Office

According to *Article 86 (2) TFEU*, the European Public Prosecutor's Office shall be responsible for investigating, prosecuting and bringing to judgment, where appropriate in liaison with Europol, the perpetrators of, and accomplices in, offences against the Union's financial interests. It shall exercise the functions of prosecutor in the competent courts of the Member States in relation to such offences.

The provision of the Treaty is reiterated by the EPPO Proposal and the EPPO Regulation. According to the *EPPO Proposal*, the task of the European Public Prosecutor's Office is to *combat criminal offences affecting the financial interests of the Union*. The EPPO is responsible

⁷ The enhanced cooperation currently involves 22 Member States (Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Greece; Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain); only Denmark, Hungary, Ireland, Poland and Sweden do not take part in the operation of the European Public Prosecutor's Office.

⁸ See : Article 120 (2) of the EPPO Regulation.

for *investigating, prosecuting and bringing to judgment* the perpetrators of, and accomplices in the aforementioned criminal offences. In that respect the EPPO *directs and supervises investigations, carries out acts of prosecution*, including the dismissal of the case and *exercises the functions of prosecutor* in the competent courts of the Member States, including lodging the indictment and any appeals until the case has been finally disposed of.⁹

The final version of the *EPPO Regulation* adopted during the negotiations has been changed in several points. According to the EPPO Regulation, the European Public Prosecutor's Office shall be responsible for *investigating, prosecuting and bringing to judgment* the perpetrators of, and accomplices to, *criminal offences affecting the financial interests of the Union*¹⁰ which are provided for in Directive (EU) 2017/1371¹¹ and determined by this Regulation. In that respect the EPPO shall undertake *investigations*, and carry out *acts of prosecution* and exercise the functions of prosecutor in the competent courts of the Member States, until the case has been finally disposed of.¹² The functions of prosecutor in competent courts apply until the conclusion of the proceedings, which is understood to mean the final determination of the question whether the suspect or accused person has committed the offence, including, where applicable, sentencing and the resolution of any legal action or remedies available until that decision has become definitive.¹³

2. The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office

According to the *original version of the Commission's Proposal*, the offences falling within the material competence of the European Public Prosecutor's Office could be divided into two categories. On the one hand, the EPPO has competence in respect of the *criminal offences affecting the financial interests of the Union*, as provided for by

⁹ Article 4 of the EPPO Proposal.

¹⁰ According to Point 3 of Article 2 of the EPPO Regulation, the notion of the financial interests of the Union means all revenues, expenditures and assets covered by, acquired through, or due to the Union budget and the budgets of the institutions, bodies, offices and agencies established under the Treaties and budgets managed and monitored by them.

¹¹ Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [OJ L 198, 28.07.2017, p. 29–41] (hereinafter referred to as – PIF Directive).

¹² Article 4 of the EPPO Regulation.

¹³ Recital 31 of the EPPO Regulation.

the *PIF Directive* and *implemented by national law*. On the other hand, the EPPO has *ancillary competence* in connection with crimes which are *inextricably linked* with the aforementioned offences under the conditions that the offences affecting the financial interests of the Union are *preponderant*¹⁴, *the other criminal offences are based on identical facts*, and their joint investigation and prosecution are in the *interest of a good administration of justice*.¹⁵

The regulation on the material competence of the European Public Prosecutor's Office has been modified and expanded on several points during the negotiations of the EPPO Regulation, partly in line with the negotiations and amendments of the PIF Directive. According to the EPPO Regulation material scope of competence on the European Public Prosecutor's Office can be divided into three categories.

2.1. The criminal offences affecting the financial interests of the European Union

According to the EPPO Regulation, the European Public Prosecutor's Office is competent in respect of the *criminal offences affecting the financial interests of the Union* that are provided for in the *PIF Directive*, as *implemented by national law*¹⁶, *irrespective of whether the same criminal conduct could be classified as another type of offence under national law*.¹⁷

It can be seen that the competence of the EPPO covers the criminal offences which are defined in the PIF Directive. The PIF Directive regulates four criminal offences, which therefore fall into the competence of the EPPO, i.e. fraud affecting the Union's financial interests, money laundering, active and passive corruption and misappropriation. The Directive also stipulates the definitions of these criminal offences.

In connection with *fraud affecting the Union's financial interests*, the PIF Directive distinguishes between *offenses relating to the expenditure and to the revenue side of the EU budget*. On the expenditure side,

¹⁴ According to Recital 22 of the EPPO Proposal, the preponderance should be established on the basis of criteria such as the offences' financial impact for the Union, for national budgets, the number of victims or other circumstances related to the offences' gravity, or the applicable penalties.

¹⁵ Articles 12–13 of the EPPO Proposal.

¹⁶ Under Article 117 of the EPPO Regulation, the Member States are required to notify to the EPPO an extensive list of the national substantive criminal law provisions that apply to the offences defined in Directive (EU) 2017/1371 and any other relevant national law.

¹⁷ Article 22 (1) of the EPPO Regulation. See : Karsai K. A kívülmaradás lehetetlensége – az Európai Ügyészség működésének várható hatásai a kimara dóta gállamokban. *Magyar Jog*. 2018. № 12. P. 673.

the Directive criminalize conducts in connection with *non-procurement-related and procurement-related expenditures*, while on the revenue side, it differentiates between punishable conducts relating to the *revenues arising from VAT own resources and other revenues*.

In respect of *non-procurement-related expenditure*, the Member States are required to criminalise any act or omission relating to:

a) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds or assets from the Union budget or budgets managed by the Union, or on its behalf;

b) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect;

c) the misapplication of such funds or assets for purposes other than those for which they were originally granted.

In respect of *procurement-related expenditure*, the criminalisation obligation of the Member States relates to the following acts or omissions, however, only at least when they are committed in order to make an unlawful gain for the perpetrator or another by causing a loss to the Union's financial interests:

a) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds or assets from the Union budget or budgets managed by the Union, or on its behalf;

b) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect;

c) the misapplication of such funds or assets for purposes other than those for which they were originally granted, which damages the Union's financial interests.

In respect of *revenue other than revenue arising from VAT own resources*, the Member States has to criminalise any act or omission relating to:

a) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the illegal diminution of the resources of the Union budget or budgets managed by the Union, or on its behalf;

b) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect;

c) a misapplication of a legally obtained benefit, with the same effect.

In respect of *revenue arising from VAT own resources*, the Member States has to punish any act or omission committed in cross-border fraudulent schemes in relation to:

a) the use or presentation of false, incorrect or incomplete VAT-related statements or documents, which has as an effect the diminution of the resources of the Union budget;

b) non-disclosure of VAT-related information in violation of a specific obligation, with the same effect;

c) the presentation of correct VAT-related statements for the purposes of fraudulently disguising the non-payment or wrongful creation of rights to VAT refunds.¹⁸

The definition of *money laundering* is defined by the PIF Directive with reference to the 4th *Anti-Money Laundering Directive of the European Union*.¹⁹ Consequently, the Member States are required to criminalise the following intentional conducts, if they are committed in connection with property derived from the criminal offences covered by the PIF Directive²⁰:

a) the conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an activity to evade the legal consequences of that person's action;

b) the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of, property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such an activity;

c) the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from criminal activity or from an act of participation in such an activity;

d) participation in, association to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the actions referred to in the aforementioned points.²¹

Under the regulation of the PIF Directive, *passive corruption* means the action of a public official who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or to refrain from acting

¹⁸ Article 3 of the PIF Directive.

¹⁹ Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) № 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC [OJ L 141, 05.06.2015, p. 73–117].

²⁰ Article 4 (1) of the PIF Directive.

²¹ Article 1 (3) of the 4th Anti-Money Laundering Directive.

in accordance with his duty or in the exercise of his functions in a way which damages or is likely to damage the Union's financial interests. *Active corruption* means the action of a person who promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an advantage of any kind to a public official for himself or for a third party for him to act or to refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in a way which damages or is likely to damage the Union's financial interests.²²

The final criminal offence is *misappropriation* which means the action of a public official who is directly or indirectly entrusted with the management of funds or assets to commit or disburse funds or appropriate or use assets contrary to the purpose for which they were intended in any way which damages the Union's financial interests.²³

It has to be mentioned, that the EPPO Regulation sets out some limitations in relation to the competence of the EPPO to the criminal offences affecting the financial interests of the European Union. On the one hand, the EPPO can only be competent in connection with *VAT-fraud* when the intentional acts or omissions defined in the PIF Directive are connected with the *territory of two or more Member States* and involve a *total damage of at least EUR 10 million*.²⁴ This provision is fully in compliance with the regulation of the PIF Directive.²⁵ On the other hand, the EPPO shall not be competent for *criminal offences in respect of national direct taxes* including offences inextricably linked thereto.²⁶ The purpose of this limitation is essentially to prevent that the European Public Prosecutor's Office is overwhelmed by cases in connection with criminal offences which harms exclusively the financial interests of the Member States and which have already been investigated at national level.²⁷

2.2. Participation in a criminal organisation

The European Public Prosecutor's Office can also be competent for criminal offences regarding *participation in a criminal organisation* as defined in *Framework Decision 2008/841/JHA*²⁸, as implemented in national

²² Article 4 (2) of the PIF Directive.

²³ Article 4 (3) of the PIF Directive.

²⁴ Article 22 (1) of the EPPO Regulation.

²⁵ See : Article 2 (2) of the PIF Directive.

²⁶ Article 22 (4) of the EPPO Regulation.

²⁷ Békés Á., Gépész T. Az Európai Ügyészség hatásköri szabályozása. *Iustum aequum salutare*. 2019. № 2. P. 43.

²⁸ Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime [OJ L 300, 11.11.2008, p. 42–45].

law, if the focus of the criminal activity of such a criminal organisation is to commit any of the offences affecting the financial interests of the European Union.²⁹ The competence of the EPPO may cover the membership in, or the organisation and leadership of such a criminal organisation.³⁰

According to the referred Framework Decision, *criminal organisation* is a structured association, established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences which are punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit. The notion of *structured association* means an association that is not randomly formed for the immediate commission of an offence, nor does it need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership, or a developed structure.³¹

2.3. Criminal offences inextricably linked to crimes affecting the financial interests of the European Union

The criminal offences affecting the financial interests of the European Union are often not committed independently, but together with other crimes.³² Therefore, the material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office also covers any other criminal offence that is *inextricably linked to a criminal offence affecting the financial interests of the European Union*.³³ This type of competence of the EPPO can be justified by the *principle of efficiency and the effective use of resources*, by the *right to a fair trial* and by the *objective of the avoidance of the unnecessary duplication of criminal procedures*.³⁴

The definition of the inextricably linked offences cannot be found in the EPPO Regulation, only the Recital of the Regulation gives some guidelines in connection with this notion. Accordingly, this notion should be considered in light of the relevant case-law which, for the application of the *nebis in idem principle*, retains as a relevant criterion the *identity*

²⁹ Article 22 (2) of the EPPO Regulation.

³⁰ Recital 57 of the EPPO Regulation.

³¹ Article 1 of the Framework Decision.

³² Alexandrova V. Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015. P. 17.

³³ Article 22 (3) of the EPPO Regulation.

³⁴ Alexandrova V. Op. cit. P. 17–18 ; Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 47 ; Petrus S. Európai Ügyészség. *Európai Jog*. 2017. № 4. P. 32.

of the material facts (or facts which are substantially the same), understood in the sense of the existence of a set of concrete circumstances which are inextricably linked together in time and space. The EPPO should have the right to exercise competence, where offences are *inextricably linked* and the offence affecting the Union's financial interests is *preponderant*, in terms of the *seriousness of the offence* concerned, as reflected in the *maximum sanctions* that could be imposed. However, the EPPO should also have the right to exercise competence in the case of inextricably linked offences where the offence affecting the financial interests of the Union is not preponderant in terms of sanctions levels, but where the inextricably linked other offence is deemed to be *ancillary in nature* because it is merely *instrumental* to the offence affecting the financial interests of the Union, in particular where such other offence has been committed for the main purpose of creating the conditions to commit the offence affecting the financial interests of the Union, such as an offence strictly aimed at ensuring the material or legal means to commit the offence affecting the financial interests of the Union, or to ensure the profit or product thereof.³⁵

It can be seen that during the negotiation process of the EPPO Regulation, the regulation of this category of competence has been modified significantly. The reference to the *ancillary competence* as well as to the *interest of a good administration of justice* was omitted from the final text of the Regulation. The existence of the *identical factual basis* is only mentioned by the Recital of the Regulation, and the *preponderant* character of the criminal offence affecting the financial interests of the Union has been replaced by the *requirement of seriousness of the offense*, which is reflected in the *maximum sanctions*, according to the Recital.³⁶ According to the EPPO Regulation, the EPPO shall refrain from exercising its competence in respect of any offence falling within its scope of competence if the maximum sanction provided for by national law for an offence affecting the financial interest of the Union is equal to or less severe than the maximum sanction for an inextricably linked offence unless the latter offence has been instrumental to commit the former offence.³⁷

It is important to underline that the definitions and the sanctions of inextricably linked offence are essentially regulated by the national

³⁵ Recitals 54–56 of the EPPO Regulation.

³⁶ See : Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 47.

³⁷ Article 25 (3) of the EPPO Regulation. See : Kuhl, Lothar. The European Public Prosecutor's Office – More Effective, Equivalent, and Independent Criminal Prosecution against Fraud? *Eu crim – The European Criminal Law Associations' Forum*. 2017. № 3. P. 139.

law; therefore, the exercise of the competences of the EPPO could trigger problems in this area.³⁸

3. The territorial and personal competence of the European Public Prosecutor's Office

The European Public Prosecutor's Office can exercise its competences in the following cases: if the crime concerned was *committed in whole or in part within the territory of one or several Member States*; if it was *committed by a national of a Member State*; and if it was *committed outside the aforementioned territories by a person who was subject to the Staff Regulations or to the Conditions of Employment*, at the time of the offence. In the last two cases, it is a further condition that the Member State concerned has jurisdiction for such offences when committed outside its territory.³⁹ In connection with this, the Recital of the Regulation stipulates, that the EPPO should exercise its competence as broadly as possible so that its investigations and prosecutions may extend to offences committed outside the territory of the Member States.⁴⁰

The European Public Prosecutor's Office can exercise its competence with regard to any offence within its competence *committed after the date on which this Regulation has entered into force*.⁴¹

4. The exercise of the competence of the European Public Prosecutor's Office

According to the original EPPO Proposal, the European Public Prosecutor's Office has *exclusive competence* to investigate and prosecute criminal offences against the Union's financial interests.⁴² However, the final version of the EPPO Regulation – due to the pressure of the Member States – broke with the concept of exclusive competence and referred the fight against criminal offences affecting the financial

³⁸ Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 47.

³⁹ Article 23 of the EPPO Regulation.

⁴⁰ Recital 64 of the EPPO Regulation.

⁴¹ Article 120 (2) of the EPPO Regulation.

⁴² Articles 11 (4) and 14 of the EPPO Proposal. See in details : Coninx M. The European Commission's Legislative Proposal: An Overview of its Main Characteristics. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015. p. 29 ; Kuhl. Op. cit. P. 137 ; Ligeti K., Weyembergh A. The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015. P. 61.

interests of the Union to the *shared competence*⁴³ *between the EPPO and the national authorities*.⁴⁴

In accordance with the concept of shared competences, the EPPO Regulation defines several exceptions in case of which the European Public Prosecutor's Office cannot exercise its competences.

Firstly, if the criminal offence that falls within the scope of competence of the EPPO caused or is likely to cause *damage to the Union's financial interests of less than EUR 10.000*, the EPPO can only exercise its competence if:

a) the case has repercussions at Union level which require an investigation to be conducted by the EPPO; or

b) officials or other servants of the Union, or members of the institutions of the Union could be suspected of having committed the offence.⁴⁵

Secondly, the EPPO has to *refrain from exercising its competence* and – upon consultation with the competent national authorities – *refer the case without undue delay to the national authorities* if:

a) the maximum sanction provided for by national law for an offence affecting the financial interest of the Union is equal to or less severe than the maximum sanction for an inextricably linked offence unless the latter offence has been instrumental to commit the former offence;

b) there is a reason to assume that the damage caused or likely to be caused, to the Union's financial interests by an offence does not exceed the damage caused, or likely to be caused to another victim (e.g. to the Member States). However, in this latter case, the EPPO may – with the consent of the competent national authorities – exercise its competence if it appears that the EPPO is better placed to investigate or prosecute.⁴⁶

⁴³ See : Recital 13 of the EPPO Regulation.

⁴⁴ Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 44, 46 ; Csonka, Juszczka, Sason. Op. cit. P. 128 ; Karsai K. External Effects of the European Public Prosecutor's Office Regime. *Miskolci Jogi Szemle*. 2019. № 2. különszám. P. 461–462 ; Polt P. Az európai ügyész. *Ünnepikötet Györgyi Kálmán 75 születésnapjaalkalmából* / P. Polt Péter et al. (ed.). Budapest : ELTE Eötvös Kiadó, 2016. P. 210 ; Polt P. Critics and alternatives towards an enhanced protection of the financial interests of the EU. *Criminal Law Aspects of the Protection of the Financial Interests of the European Union – with particular emphasis on the national legislation on tax fraud, corruption, money laundering and criminal compliance with reference to cybercrime* / A. Farkas et al. (ed.). Budapest : Wolters Kluwer Hungary, 2019. P. 513.

⁴⁵ Article 25 (2) of the EPPO Regulation.

⁴⁶ Article 25 (3) – (4) of the EPPO Regulation. According to Recital 60 of the Regulation, the EPPO could appear to be better placed, inter alia, where it would be more effective to let the EPPO investigate and prosecute the respective criminal offence due to its transnational nature and scale, where the offence involves a criminal organisation, or where a specific type of offence could be a serious threat to the Union's financial interests or the Union institutions' credit and Union citizens' confidence. In such a case the EPPO should be able to exercise its competence with the consent given by the competent national authorities of the Member State(s) where damage to such other victim(s) occurred.

Thirdly, if the criminal offences caused or are likely to cause *damage to the Union's financial interests of less than EUR 100 000* and the College considers that – with reference to the degree of seriousness of the offence or the complexity of the proceedings in the individual case – there is *no need to investigate or to prosecute at Union level*, it can issue *general guidelines*.⁴⁷ On the basis of these guidelines, the European Delegated Prosecutors can independently and without undue delay decide *not to evoke the case*, or – if the criminal procedure has already been initiated – to *refer a case to the competent national authorities*.⁴⁸

The European Public Prosecutor's Office is obliged to *inform the competent national authorities* without undue delay of any decision to exercise or to refrain from exercising its competence. In case of *disagreement between the EPPO and the national prosecution authorities* over the question of whether the criminal conduct falls within the scope of the EPPO, the *national authorities* competent to decide on the attribution of competences concerning prosecution at national level is entitled to decide who is to be competent for the investigation of the case. Member States has to specify the national authority which will decide on the attribution of competence.⁴⁹ The abovementioned regulation means that the exercise of the competences of the supranational European Public Prosecutor's Office in concrete cases is largely dependent on the decision of the national authorities.⁵⁰

The EPPO Regulation declares that the procedure of the European Public Prosecutor's Office *takes precedence* over those of the national authorities in order to ensure the consistency of investigations and prosecutions at the EU level. That means that if the EPPO decides to exercise its competence, the competent national authorities cannot exercise their own competence in respect of the same criminal conduct.⁵¹ The obligation

⁴⁷ According to Article 27 (8) – (9) of the EPPO Regulation, the guidelines shall specify, with all necessary details, the circumstances to which they apply, by establishing clear criteria, taking specifically into account the nature of the offence, the urgency of the situation and the commitment of the competent national authorities to take all necessary measures in order to fully recover the damage to the Union's financial interests. In order to ensure the coherent application of the guidelines, a European Delegated Prosecutor are required to inform the competent Permanent Chamber of each decision taken and each Permanent Chamber has to report annually to the College on the application of the guidelines.

⁴⁸ Article 27 (8) and 34 (3) of the EPPO Regulation.

⁴⁹ Article 25 (5) – (6) of the EPPO Regulation.

⁵⁰ Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 47–48 ; Caianiello M. The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2013. Vol. 21/2, P. 121.

⁵¹ Article 25 (1) of the EPPO Regulation. See also : Article 27 (5) of the EPPO Regulation.

of the acceptance of the precedence of the EPPO stems from the *principle of sincere cooperation*⁵² and from the obligation imposed on the Member States arising from the Treaty⁵³ that they shall counter fraud and any other illegal activities affecting the financial interests of the Union.⁵⁴

5. The possibility of the extension of the competences of the European Public Prosecutor's Office

Although the European Public Prosecutor's Office primarily serves for the fight against criminal offences affecting the financial interests of the European Union, *Article 86 (4) TFEU* provides the opportunity to the European Council to *extend the powers of the EPPO to other serious crimes having a cross-border dimension*. In this case, the European Council shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament and after consulting the Commission.

The possibility for the extension of the competences of the EPPO was introduced into the Treaty as a result of a political compromise. During the negotiations of the Constitutional Treaty – which formed the basis of the Treaty of Lisbon – the Member States did not agree as to the *necessity and the added value of the EPPO*. While some Member States argued for an EPPO which investigates and prosecutes only offences against the financial interests of the European Union, others preferred an EPPO with a scope of competence in line with the Europol and Eurojust, i.e. which covers the so-called *euro-crimes*⁵⁵ as well. *According to the result of the compromise, the competence of the European Public Prosecutor's Office only covers the criminal offences affecting the financial interests of the European Union, but it can be extended to other serious cross-border crimes by the European Council.*⁵⁶

The question of the extension of the competences of the European Public Prosecutor's Office to other criminal offences has already arisen at the level of the EU institutions. In 2018, the European Commission issued

⁵² Article 4 (3) TEU.

⁵³ Article 325 (1) TFEU.

⁵⁴ Alexandrova V. Op. cit. P. 15.

⁵⁵ See : Article 83(1) TFEU.

⁵⁶ Vervaele J. The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lexuncerta and unpraevia? *ERA Forum*. 2014. Vol. 15/1. P. 87–90. See also : Smulders B. Is the Commission Proposal for a European Public Prosecutor's Office Based on a Harmonious Interpretation of Articles 85 and 86 TFEU? *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015. P. 45.

a *Communication* in which it recommended the European Council to use its competence under Article 86(4) TFEU and adopt a decision amending Article 86 (1) – (2) TFEU to extend the competence of the European Public Prosecutor’s Office to *terrorist offences affecting more than one Member State* as part of the comprehensive and strengthened European response to terrorist threats. In its justifications, the European Commission highlighted that there are number of gaps in the current anti-terrorism legal, institutional and operational framework, in particular, there is no common Union approach to the investigation, prosecution and bringing to judgment of cross-border terrorist crimes. Pursuant the Commission, the EPPO can *address the existing gaps* and could *bring added value to combating terrorist crimes*. After the possible positive decision of the European Council, the EPPO Regulation is also required to be amended by the European Commission.⁵⁷

CONCLUSIONS

The European Public Prosecutor’s Office can be regarded as a significant milestone in the development of the European criminal law since it is expected to provide for a more effective criminal law protection of the financial interests of the European Union. The EPPO is the *first supranational EU body* which is empowered to *carry out criminal investigations and prosecutions* in connection with criminal offences affecting the financial interests of the European Union. The EPPO could bring *more consistency and coherence* into the fight against crimes affecting the EU budget and thereby could lead to a *greater number of prosecutions and convictions* and as a result of thereof to a *higher level of recovery of fraudulently lost Union funds*.⁵⁸

However, it cannot be suppressed that the regulation of the material competence of the European Public Prosecutor’s Office has some substantial features which could give reason to criticism.

First of all, it has to be highlighted that the regulation on the competence of the European Public Prosecutor’s Office is a so-called *framework regulation*.⁵⁹ It means that the criminal offences falling within the scope

⁵⁷ See : Communication from the Commission to the European Parliament and the European Council: A Europe that protects: an initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor’s Office to cross-border terrorist crimes [COM (2018) 641 final, 12.09.2018].

⁵⁸ Csonka P., Juszcak A., Sason E. Op. cit. P. 132.

⁵⁹ See : Polt P. Az Eurojust működése és az Európai Ügyészség létrehozatalának tevei. *Az EU mint a szabadság, a biztonság és a jog térsége. Magyarország Európai Unióban 2004–2014* / M. Hollán (ed.) ; Nemzeti Közzolgálati Egyetem. Budapest : Nemzetközi Intézet, 2014. P. 175.

of competence of the EPPO are not determined by the EPPO Regulation itself but by the *PIF Directive*. It can raise problems that the legal act which lists the criminal offences in connection with which the EPPO could be competent is a *directive*, since it has to be *implemented into the national legal systems of the Member States*. It can clearly be seen, that the PIF Directive only provides a framework which the Member States can transplant differently based on their national concepts and traditions. The competence of the EPPO is therefore *bound to the national implementation of the PIF Directive*, which means that the proper implementation of the PIF Directive in the Member States is a *necessary and essential prerequisite* for the applicability of the EPPO Regulation.⁶⁰

Another problem could arise from the fact that the PIF Directive only establishes *minimum rules* concerning the definition of criminal offences and sanctions with regard to combating fraud and other illegal activities affecting the Union's financial interests, with a view to strengthening protection against criminal offences which affect those financial interests, in line with the *acquis* of the Union in this field.⁶¹ It means that the PIF Directive only provides for a *minimum harmonization*, whereby the Member States are free to adopt or maintain more stringent rules for criminal offences affecting the Union's financial interests.⁶² Therefore, Member States are entitled to criminalize other conducts which are not regulated in the Directive or to impose more severe penalties than those set out by the EU legislator.⁶³ Consequently, even if the PIF Directive is fully implemented by the Member States, it is highly probable that the substantive

⁶⁰ Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 44–46. See also: Ligeti, Weyembergh. Op. cit. P. 65, 109–110; Pawlik M., Klip A. A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor's Office. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague: Asser Press, 2015. P. 186–187; Polt. Op. cit. (2019). P. 514–515; Wasmeier M. The Choice of Forum by the European Public Prosecutor. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague: Asser Press, 2015. P. 147–148.

⁶¹ Article 1 of the PIF Directive.

⁶² See: Recital 16 of the PIF Directive.

⁶³ Böse M. Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts. *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit* / M. Böse (ed.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013. P. 157; Safferling C. Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht., Heidelberg; Dordrecht; London; New York: Springer Verlag, 2011. P. 417; Satzger H. Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Europäisches Straf und Strafverfahrensrecht – Völkerstrafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2016. P. 144; Schermuly K. Grenzen funktionaler Integration: Anforderungen an die Kontrolle europäischer Strafgesetzgebung durch den EuGH., Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2013. P. 56; Zeder F. Europastrafrecht: Aktueller Stand. *Österreichisches Anwaltsblatt*. 2008. № 6. P. 253.

criminal law provisions still remain different from one Member State to another. This means that the European Public Prosecutor's Office *cannot provide for a unified criminal protection* since the offences falling within its competence can be different based on the national implementation of the PIF Directive. Although the EU legislator intended to establish a supranational law enforcement body which can combat against criminal offences affecting the financial interests of the European Union unitedly in the whole territory of the EU, the regulation of the competences of the EPPO could *jeopardize the efficiency of the prosecution service*, since it will have to deal with the full range of substantive criminal law.⁶⁴ This could also result in the *violation of the legality principle*.⁶⁵

In order to eliminate these shortcomings, it would have been more appropriate if the criminal offences falling within the scope of competence of the European Public Prosecutor's Office had been determined by the EPPO Regulation which is directly applicable in the Member States.⁶⁶ Naturally, this would have resulted in a more serious intervention into the national sovereignty of the Member States; therefore, they did not choose this solution. However, if the substantive criminal regulations of the Member States are different, it makes the European Public Prosecutor's Office more difficult to effectively and unitedly fight against the criminal offences affecting the financial interests of the European Union.

SUMMARY

The article deals with the material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office. The establishment of the EPPO was a significant milestone in the development of the European criminal law since it could provide for a more effective criminal law protection of the financial interests of the European Union. The EPPO was established by the Council on the 12th October 2017 through enhanced cooperation after a long negotiation procedure. According to the EPPO Regulation, the competence of the European Public Prosecutor's Office covers the criminal offences affecting the financial interests of the Union; the participation in a criminal organisation; and any other criminal offences that are inextricably linked to the crimes against the financial interests of the EU. The competences

⁶⁴ Békés Á., Gépész T. Op. cit. P. 44–46.

⁶⁵ Meij A. Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015. P. 109.

⁶⁶ Pawlik M., Klip A. Op. cit. P. 186 ; Wasmeier. Op. cit. P. 147.

of the EPPO could be extended to other serious crimes having a cross-border dimension. However, it can raise problems that the criminal offences falling within the scope of competence of the EPPO are defined by the PIF Directive. The competence of the EPPO is therefore bound to the national implementation of the PIF Directive, which could jeopardize not only the principle of legality but also the effectivity activity of the European Public Prosecutor's Office.

REFERENCES

1. Alexandrova V. Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.
2. Békés Á., Gépész T. Az Európai Ügyészség hatásköri szabályozása. *Iustum aequum salutare*. 2019. № 2.
3. Böse M. Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts. *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit* / M. Böse (ed.). Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2013.
4. Caianiello M. The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2013. Vol. 21/2.
5. Coninx M. The European Commission's Legislative Proposal: An Overview of its Main Characteristics. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.
6. Csonka P., Juszczak A., Sason E. The Establishment of the European Public Prosecutor's Office. The Road from Vision to Reality. *Eucrim – The European Criminal Law Associations' Forum*. 2017. № 3.
7. Karsai K. A kívülmaradás lehetetlensége – az Európai Ügyészség működésének várható hatásai a kimara dóta gállamokban. *Magyar Jog*. 2018. № 12.
8. Karsai K. External Effects of the European Public Prosecutor's Office Regime. *Miskolci Jogi Szemle*. 2019. № 2. Különszám.
9. Kuhl L. The European Public Prosecutor's Office – More Effective, Equivalent, and Independent Criminal Prosecution against Fraud? *Eucrim – The European Criminal Law Associations' Forum*. 2017. № 3.
10. Ligeti K., Weyembergh A. The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues. *The European Public Prosecutor's Office*.

An Extended Arm or a Two-Headed Dragon? / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.

11. Meij A. Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.

12. Petrus S. Európai Ügyészség. *Európai Jog*. 2017. № 4.

13. Pawlik M., Klip A. A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor's Office. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.

14. Polt P. Az Eurojust működése és az Európai Ügyészség létrehozatalának tevei. *Az EU mint a szabadság, a biztonság és a jog térsége. Magyarországon Európai Unióban 2004–2014* / M. Hollán (ed.); Nemzeti Köszolgálati Egyetem. Budapest : Nemzetközi Intézet, 2014.

15. Polt P. Az európai ügyész. *Ünnepikötet Györgyi Kálmán 75 születésnapjaalkalmából* / P. Polt (ed.) et al. Budapest : ELTE Eötvös Kiadó, 2016.

16. Polt P. Critics and alternatives towards an enhanced protection of the financial interests of the EU. *Criminal Law Aspects of the Protection of the Financial Interests of the European Union – with particular emphasis on the national legislation on tax fraud, corruption, money laundering and criminal compliance with reference to cybercrime* / Á. Farkas (ed.) et al. Budapest : Wolters Kluwer Hungary, 2019.

17. Safferling C. Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht. Heidelberg ; Dordrecht ; London ; New York : Springer Verlag, 2011.

18. Satzger H. Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht – Völkerstrafrecht. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2016.

19. Schermuly K. Grenzen funktionaler Integration: Anforderungen an die Kontrolle europäischer Strafgesetzgebung durch den EuGH. Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2013.

20. Smulders B. Is the Commission Proposal for a European Public Prosecutor's Office Based on a Harmonious Interpretation of Articles 85 and 86 TFEU? *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.

21. Vervaele John A. The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lexuncerta and unpraevia? *ERA Forum*. 2014. Vol. 15/1.

22. Wasmeier M. The Choice of Forum by the European Public Prosecutor. *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* / L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik (ed.). The Hague : Asser Press, 2015.

23. Zeder F. Europastrafrecht: Aktueller Stand. *Österreichisches Anwaltsblatt*. 2008. № 6.

Information about author:

Udvarhelyi Bence,

Ph. D.,

Assistant Professor

at the Institute of European and International Law

Faculty of Law

University of Miskolc

Miskolc-Egyetemváros, 3515, Hungary

A JOGELLENESEN KÜLFÖLDRE VITT GYERMEKEK VISSZAVITELÉNEK EGYES JOGI ASPEKTUSAI AZ EURÓPAI BÍRÓSÁG ESETJOGÁBAN

Zoltán Angyal

BEVEZETÉS

Az Európai Unió Bírósága (a továbbiakban: Bíróság) egy 2018 őszen hozott ítéletében fontos döntéseket hozott a jogellenesen külföldre vitt gyermekek visszavitelére vonatkozó uniós jogszabályok értelmezésével kapcsolatban.¹ A döntés azért is különösen figyelemre méltó, mert az ítéletben a bírák nem követték mindenben a főtanácsnoki indítványban javasolt értelmezést.² Jelen tanulmány célja, hogy részletesen bemutassa az ügy jogi háttérét, a tényállásbeli előzményeket, a tagállami bíróság által az előzetes döntéshozatali eljárásban feltett kérdéseket, és a Bíróság arra adott válaszait a jogi indokolásukkal együtt. Ennek során rávilágítok azokra a pontokra is, amelyekről az ügyben eljáró főtanácsnok más véleményyt fogalmazott meg.

1. A jogi háttér

A 2201/2003/EK rendelet – amelyet “Brüsszel IIa” rendeletnek is neveznek³ – az az uniós jogszabály, amely többek között akkor válik relevánssá, amikor egy szülői felelősségre vonatkozó határozat valamely másik tagállamban történő elismertetéséről és végrehajtásáról van szó. A gyermekeknek a felügyeleti jog megsértésével történő jogellenes elvitelének eseteiben ez a rendelet beépíti és kiegészíti a gyermekek jogellenes külföldre vitelének polgári jogi vonatkozásairól szóló, 1980. október 25-én Hágában kötött egyezmény rendelkezéseit. A jelen tanulmány által vizsgált ügyben az a kérdés merült fel, hogy milyen kapcsolat áll fenn e két jogszabály között egy olyan esetben, amikor egy angol család annak veszélye elől, hogy a gyermekeiket a helyi gyermekvédelmi hatóság elveszi

¹ A Bíróság 2018. szeptember 19-i ítélete a C-325/18. PPU. és C-375/18. PPU. sz. egyesített ügyekben.

² Juliane Kokott főtanácsnok 2018. augusztus 7-i indítványa a C-325/18. PPU. és C-375/18. PPU. sz. egyesített ügyekben.

³ A 2004. december 2-i 2116/2004/EK tanácsi rendelettel (HL 2004. L 367, 1. o.) módosított, a házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról, illetve az 1347/2000/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló, 2003. november 27-i 2201/2003/EK tanácsi rendelet (HL 2003. L 338, 1. o.; helyesbítések: HL 2013. L 82, 63. o.; HL 2018. L 33, 5. o.; magyar nyelvű különkiadás 19. fejezet, 6. kötet, 243. o.).

tőlük, Írországra szökik egy két- vagy háromnapos csecsemővel, valamint két idősebb, egy három- és egy ötéves gyermekkel.

Az előzetes döntéshozatal iránti kérelmek az Európai Unió Alapjogi Chartája (a továbbiakban: Charta) 47. cikkének, valamint a házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról, illetve az 1347/2000/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló, 2003. november 27-i 2201/2003/EK tanácsi rendelet (a továbbiakban: rendelet) 11. cikkének és 33. cikke (5) bekezdésének értelmezésére vonatkozik.

E kérelmeket a Hampshire County Council (Hampshire megyei tanács, Egyesült Királyság, a továbbiakban: HCC), valamint C. E. és N. E. (a továbbiakban: az érintett szülők) között a következők tárgyában folyamatban lévő eljárásban terjesztették elő: három olyan kiskorú gyermek Egyesült Királyságba való visszavitele, akiket az érintett szülők Írországra vittek e gyermekek gyámság alá helyezésének elkerülése céljából, és az e szülők által Írországra benyújtott, arra irányuló ideiglenes intézkedés iránti kérelem, hogy felfüggeszék e három gyermek közül a legfiatalabb, és adott esetben a többi gyermek Egyesült Királyságba való örökbefogadását.

1.1. Nemzetközi jog

A gyermekek jogellenes külföldre vitelének polgári jogi vonatkozásairól szóló, Hágában 1980. október 25-én kötött egyezmény⁴ célja többek között, amint az a preambulumból kitűnik, hogy nemzetközileg védjék a gyermekeket jogellenes elvitelük vagy visszatartásuk káros következményeitől, és hogy megteremtsék a gyermekeknek a szokásos tartózkodási helyük szerinti államba történő azonnali visszavitelük biztosítására szolgáló eljárást. Ezen egyezmény 1983. december 1-jén lépett hatályba, és az Európai Unió valamennyi tagállama részese. Az egyezmény 3. cikke értelmében: a gyermek elvitele vagy elrejtése jogellenes, ha az:

– sérti az azon állam joga szerint egy személynek, egy intézménynek vagy más szervnek – akár együttesen, akár kizárólagosan – juttatott felügyeleti jogokat, amelyben a gyermeknek az elvitelét vagy elrejtését közvetlenül megelőzően a szokásos tartózkodási helye volt; és

– ezeket a jogokat az elvitel vagy elrejtés időpontjában – együttesen vagy külön-külön – gyakorolták vagy azok gyakorlásában éppen az elvitel vagy elrejtés akadályozta meg az arra jogosultakat.

Az egyezmény rögzíti továbbá, hogy a gyermek jogellenes elvitelének vagy elrejtésének a 3. cikk szerinti esetében a gyermek jogellenes elvitelétől

⁴ Kihirdette : az 1986. évi 14. tvr. ; a továbbiakban : 1980. évi Hági Egyezmény.

vagy elrejtésétől az eljárásnak azon Szerződő Állam igazságügyi vagy államigazgatási szervei előtti megindításáig, ahol a gyermek van, egy évnél kevesebb idő telt el, az érintett hatóság haladéktalanul elrendeli a gyermek visszavételét.⁵ Utóbbi alól kivétel az, ha a gyermeket visszavitele testi vagy lelki károsodásnak tenné ki vagy bármi más módon elviselhetetlen helyzetet teremtené számára.⁶

1.2. Az uniós jog

A 2201/2003/EK rendelet meghatározza egyebek mellett a jogellenes elvitel vagy visszatartás fogalmát. Ennek minősül egy gyermek elvitele vagy visszatartása, ha azt sérti a határozat vagy jogszabály hatálya alapján, illetve azon tagállam joga szerint jogilag kötelező megállapodás útján szerzett felügyeleti jogokat, ahol a gyermek közvetlenül az elvitel vagy visszatartás előtt szokásos tartózkodási hellyel rendelkezett; és feltéve, hogy az elvitel vagy visszatartás időpontjában a felügyeleti jogokat közösen vagy önállóan ténylegesen gyakorolták, vagy gyakorolták volna, ha az elvitelre vagy visszatartásra nem kerül sor. A felügyeletet közösen gyakoroltnak kell tekinteni, ha határozat vagy jogszabály hatálya értelmében a szülői felelősség egyik gyakorlója nem határozhat a gyermek tartózkodási helyéről a szülői felelősség másik gyakorlójának hozzájárulása nélkül.⁷

A gyermek visszavételéről a rendelet azt mondja ki, hogy arra akkor kerülhet sor, amennyiben a felügyeleti jogokat gyakorló személy, intézmény vagy más szerv egy tagállam illetékes hatóságaihoz folyamodik azért, hogy azok a Hágai Egyezmény alapján hozzon határozatot annak érdekében, hogy kérelmezze annak a gyermeknek a visszavételét, akit közvetlenül a jogellenes elvitel, illetve visszatartás előtti szokásos tartózkodási helye szerinti tagállamtól eltérő tagállamba jogellenesen elvittek, illetve ott visszatartottak.⁸

A perifüggséggel kapcsolatban az uniós jogszabály előírja, hogy amennyiben azonos jogalaphól származó, ugyanarra a gyermekre vonatkozó szülői felelősséggel kapcsolatos eljárást különböző tagállamok bíróságai előtt indítottak, a később megkeresett bíróság az elsőként megkeresett bíróság joghatóságának megállapításáig hivatalból felfüggeszti az eljárást. Amennyiben az elsőként megkeresett bíróság joghatóságát megállapítják

⁵ Lásd az egyezmény 12. cikkét.

⁶ Lásd az egyezmény 13. cikkét.

⁷ Lásd a rendelet 2. cikkét.

⁸ Lásd a rendelet 11. cikkét.

a később megkeresett bíróság az előbbi bíróság javára megállapítja saját joghatóságának hiányát.⁹

A jogorvoslatokat illetően a rendelet rögzíti, hogy a végrehajthatóság megállapítása elleni jogorvoslatot a végrehajthatóságot megállapító határozat kézbesítésétől számított egy hónapon belül kell benyújtani. Ha az a fél, akivel szemben a végrehajtást kérik, más tagállamban rendelkezik szokásos tartózkodási hellyel, mint amelyben a végrehajthatóvá nyilvánításra sor került, a jogorvoslati határidő akár a személyes, akár a lakóhelyen történő kézbesítés időpontjától számított két hónap. Ez az időtartam a távolságra tekintettel nem hosszabbítható meg.¹⁰

A rendelet és a Hágai Egyezmény viszonyát egyértelműen rendezi a jogszabály azzal, hogy a tagállamok közötti kapcsolatokban e rendelet elsőbbséget élvez a következő egyezményekkel szemben, amennyiben azok az e rendelettel szabályozott ügyekre vonatkoznak.¹¹

1.3. Az ír jog

Az ír felsőbbbíróságok eljárási szabályzata korábbi változatában úgy rendelkezett, hogy a kereset elbírálásáig automatikusan fel kell függeszteni a végrehajtásról szóló végzés végrehajtását. Az automatikus felfüggesztés szabályát azonban nem ítélték megfelelőnek a 2201/2003 rendelet hatálya alá tartozó ügyekben. Ezért az újabb szabályozás immár úgy rendelkezik, hogy az ítélet vagy határozat végrehajtására sor kerülhet letelte előtt. További releváns rendelkezése az tagállami jogrendszernek az, amely szerint a végrehajthatóságot megállapító határozatnak tartalmaznia kell egy olyan megjegyzést, amely szerint az ítélet vagy határozat végrehajtása bíróság előtti kérelemre felfüggeszthető, ha az eredeti eljárás helye szerinti tagállamban rendes jogorvoslatot nyújtottak be.

2. Az alapeljárások

Az ügy egy olyan családra vonatkozott, amelynek tagjai a következők: egy 24 éves anya, annak három – egy hatéves, egy négyéves és egy körülbelül tizenegy hónapos – gyermeke, valamint a férje, aki 26 éves, és aki a csecsemő apja, a két idősebb gyermeknek pedig a mostohaapja.

A brit állampolgárságú, korábban az Egyesült Királyságban együtt élő házaspár szülők 2017. szeptember 5-én komppal érkeztek Írországba három gyermekkel, akik közül az egyik mindössze két nappal korábban

⁹ Lásd a rendelet 19. cikkét.

¹⁰ Lásd a rendelet 33. cikkét.

¹¹ Lásd a rendelet 60. cikkét.

született. N. E. a három gyermek anyja, C. E. pedig a három gyermek közül csupán a legfiatalabbnak az apja. 2017 júniusában az Egyesült Királyságban elrendelték a két idősebb gyermek ideiglenes hatályú elhelyezését. A HCC-nek ebben az összefüggésben felmerült aggályai többek között a házban uralkodó higiénia és tisztaság hiányával, a második gyermek súlygyarapodásával, a második gyermek apja által az anya ellen együttélésük alatt elkövetett családon belüli erőszakkal, a második gyermek apja által kender birtoklásával, valamint összességében azzal kapcsolatban merültek fel, hogy fennállt a veszélye annak, hogy a gyermekek felügyeletét elhanyagolják. Továbbá az is felmerült, hogy az egyik gyermek nem baleseti eredetű sérülést szenvedett, és nem volt kizárható annak lehetősége, hogy az elkövető C. E. volt. 2017. szeptember 8-án a brit hatóságok gyermekek biztonságát érintő aggályai miatt a High Court of Justice (England and Wales) végzésben elrendelte egyrészt a három gyermek gyámság alá helyezését, a HCC-re ruházva a felügyeleti jogokat (a továbbiakban: gyámság alá helyező végzés), másrészt a három gyermek visszavételét (a továbbiakban: visszavitt elrendelő végzés). Ugyanezen a napon a HCC kapcsolatba lépett a megfelelő ír hatósággal, a Child and Family Agency-vel (gyermek- és családvédelmi szolgálat, Írország, a továbbiakban: szolgálat), és jelezte azon szándékát, hogy a High Courttól (England and Wales) a három gyermek visszavételét elrendelő határozat meghozatalát kéri. A szolgálat azt válaszolta, hogy az ilyen határozatot a 2201/2003 rendelet alapján kell végrehajtani. Ugyanazon a napon később a HCC tájékoztatta a szolgálatot, hogy e bíróság szintén aznap visszavitt elrendelő határozatot fogadott el.

Az E. család írországi lakóhelyén több látogatást is tettek, de a szolgálat semmilyen aggasztó jelet nem talált a gyermekeket illetően. Az érintett szülők arról tájékoztatták a szolgálatot, hogy korábban azt a tanácsot kapták, utazzanak Írországba annak érdekében, hogy a szociális szolgálatokat elkerüljék és megakadályozzák a három gyermek elhelyezését. A szolgálat közölte a szülőkkel, hogy a HCC által nyújtott információk alapján a három gyermek ideiglenes hatályú elhelyezéséről szóló határozat elfogadását fogja kérni. Azt is közölte, hogy a HCC kérheti a High Courttól (felsőbíróság, Írország) a három gyermek visszavételét elrendelő végzés elismerését, és ha e kérelmet az helybenhagyja, a gyermeket vissza kell vinni az Egyesült Királyságba. 2017. szeptember 14-én a District Court (kerületi bíróság, Írország) a három gyermek ideiglenes felügyeletét a szolgálatra bízta, amely a gyermekeket nevelőszülőknél helyezte el. Az érintett szülők beleegyeztek ezen ideiglenes hatályú elhelyezésbe, nem ismerték el azonban annak megalapozottságát.

A szolgálat az elhelyezéssel kapcsolatos tervre vonatkozó megbeszélést tartott a szülőkkel. 2017. szeptember 21-én a High Court (felsőbíróság, Írország) a 2201/2003 rendelet III. fejezete alapján végzést fogadott el, elismerve a gyámság alá helyező végzést és elrendelve e határozat „e területen való végrehajtását” (a továbbiakban: *ex parte* végzés). Ugyanezen a napon a három gyermeket átadták a HCC szociális munkásainak, és visszavitték az Egyesült Királyságba. A HCC szociális szolgálatai kifejezetten kérték a megfelelő ír hatóságoktól, hogy ne lépjenek kapcsolatba az érintett szülőkkel, mivel úgy vélték, hogy fennállt a szökés veszélye. A szülőket tehát csak utólag, vagyis a három gyermek visszavitelének napján tájékoztatták telefonon, és az *ex parte* végzést hivatalosan csupán másnap kézbesítették nekik. A szülők megkísérelték a gyámság alá helyező végzéssel szembeni fellebbezést, de a Court of Appeal (England and Wales) (fellebbviteli bíróság, Anglia és Wales) 2017. október 9-én nem engedélyezte a fellebbezést. 2017. november 24-én a szülők a High Court (felsőbíróság, Írország) előtt keresetet indítottak az *ex parte* végzéssel szemben. 2018. január 18-án e keresetet – amelyet két nappal a 2201/2003 rendelet 33. cikkének (5) bekezdésében megállapított határidő lejártát követően terjesztettek elő – késedelem miatt elutasították, mivel az e rendelkezésben előírt határidő imperatív volt, és az eljáró bíróság nem rendelkezett hatáskörrel annak meghosszabbítására. A szülők megtámadták a határozatot a kérdést előterjesztő bíróság előtt.

Összefoglalva: a helyi hatóság tehát a szülők távollétében először egy angol bíróságtól olyan végzést kapott, amely a gyermekeket gyámság alá helyezi, és elrendeli Angliába történő visszavitelüket, majd ezt követően egy ír bíróságtól a 2201/2003 rendelet alapján végrehajthatóságot megállapító határozatot. Végül, még azt megelőzően, hogy ezt a végrehajthatóságot megállapító határozatot a szülőknek kézbesítették volna, az angol hatóság, amelyet annak ír megfelelői segítettek, teljesítette a végrehajtást, és a gyermekeket a szülők tudta nélkül visszavitte Angliába. Utóbbiak tehát Írországban a 2201/2003 rendeletben előírt határidőhöz képest kétnapos késéssel jogorvoslati kérelmet nyújtottak be a végrehajthatóságot megállapító határozattal szemben. Időközben az angol hatóság a csecsemő örökbefogadására irányuló eljárást indított Angliában.

3. Az előzetes döntéshozatalra feltejtett kérdések

Az ír fellebbviteli bíróság a C-325/18. sz. ügyben úgy határozott, hogy az eljárást felfüggeszti, és előzetes döntéshozatal céljából a következő kérdéseket terjeszti a Bíróság elé. A kérdések lényege a következő volt:

1. Amennyiben a szülők a gyermekeket a szokásos tartózkodási helyük szerinti országból állítólag jogellenesen, a lakóhely szerinti állam közigazgatási szerve által megszerzett bírósági végzést megszegve elviszik, az említett közigazgatási szerv kérheti-e a rendelet alapján a gyermek e területre való visszavitelét elrendelő bírósági végzés végrehajtását valamely más tagállam bíróságaitól, vagy ez az említett rendeletnek és a Hágai Egyezménynek a jogellenes megkerülését jelentené, vagy az érintett szerv részéről más módon joggal való visszaélésnek minősülne?

2. A rendelet végrehajtási rendelkezéseit érintő esetben meghosszabbítható-e a jogorvoslati határidő, amennyiben a késelem lényegében csekély mértékű és a nemzeti eljárási jog alapján a határidőt egyébként meghosszabbíthatták volna?

3. A második kérdéstől függetlenül, amennyiben valamely külföldi közigazgatási hatóság a gyerekeket, akikre a jogvita irányul, a rendelettel összhangban egyéb érdekelték meghallgatása nélkül elrendelt végrehajtás alapján valamely tagállam területéről azt megelőzően viszi el, hogy a szülők részére a végrehajtásról szóló végzést kézbesítették volna, és ezzel megfosztja őket azon joguktól, hogy a jogorvoslat idejére e végzés felfüggesztését kérjék, ez az eljárás oly mértékben sérti-e az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló európai egyezményt (EJEE) és a Charta alapján a szülőket megillető jogok lényegét, hogy a jogorvoslati határidőt meg kell hosszabbítani?”.

Az érintett szülők ezt követően a kérdést előterjesztő bíróság előtt ideiglenes intézkedés iránti kérelmet terjesztettek elő a három gyermek örökbefogadási eljárásának felfüggesztése érdekében. A HCC azon szándékáról nyilatkozott, hogy csak a legfiatalabb gyermeket adja örökbe, mivel a másik két gyermek akkor már az Egyesült Királyságban, az egyikük apjánál lakott. A HCC-t az alapeljárás „feleként” nevezték meg, azonban a kérdést előterjesztő bíróság előtti ezen eljárásban nem vett részt, és nem gyakorolta az e bíróság előtti meghallgatáshoz való jogát. Az ír fellebbviteli bíróság ebben a másik, C-375/18. sz. ügyben úgy határozott, hogy az eljárást felfüggeszti, és előzetes döntéshozatal céljából egy újabb kérdést terjeszt a Bíróság elé. A kérdés arra irányult, hogy összeegyeztethető-e az uniós joggal és különösen a rendelettel, hogy valamely tagállam bírósága ideiglenes intézkedést elrendelő végzést hozzon közvetlenül egy másik tagállam hatóságának címezve, megakadályozva e hatóságot abban, hogy az megindítsa a gyermekek örökbefogadását az említett tagállam bíróságai előtt, amennyiben a közvetlenül e hatóságnak címzett intézkedést az teszi

szükségessé, hogy védelemben részesítsék a rendelet szerinti végrehajtási eljárás feleinek jogait?

A Bíróság elnöke nem sokkal ezt követően elrendelte a C-325/18. és a C-375/18. sz. ügy egyesítését az írásbeli és a szóbeli szakasz lefolytatása, valamint az ítélet meghozatala céljából.¹²

A kérdést előterjesztő bíróság kérte az előzetes döntéshozatal iránti kérelem sürgősségi eljárásban történő elbírálását.¹³ Kérelme indokolásaként a tagállami bíróság arra hivatkozott, hogy a C-325/18. sz. ügy sürgősségét tekintettel a gyermekek örökbefogadására irányuló, a HCC által lefolytatandó és a három gyermek anyja által kifogásolt eljárásra. Ami a legfiatalabb gyermeket illeti, e gyermek apja szintén ellenezte az örökbeadást. Másrészt a kérdést előterjesztő bíróság azt állította, hogy a C-375/18. sz. ügyben a sürgősségi előzetes döntéshozatali eljárás iránti kérelem ideiglenes intézkedés iránti eljárásból ered, amelyet megfosztana a hatékony érvényesülésétől az, ha a Bíróság nem sürgősségi előzetes döntéshozatali eljárást folytatna le. A Bíróság megállapította, hogy egyrészt az értelmezendő cikk az EUM-Szerződés harmadik részének a szabadságon, a biztonságon és a jog érvényesülésén alapuló térségre vonatkozó V. címe alatt található, így az sürgősségi előzetes döntéshozatali eljárás tárgya lehet. Másodsorban megállapították, hogy az alapeljárások három hat év alatti gyermeket érintenek, akik közel egy éve el vannak választva anyjuktól, és hogy a HCC lépéseket tett az Egyesült Királyságban annak érdekében, hogy a legkisebb gyermeket örökbe fogadják. Ezekre tekintettel a Bíróság első tanácsa 2018. június 11-én úgy határozott, hogy helyt ad a kérdést előterjesztő bíróság azon kérelmének, hogy az előzetes döntéshozatal iránti kérelmet sürgősségi eljárásban bírálják el.

4. A Bíróság válaszai és jogi indokolásuk

4.1. A C-325/18. sz. ügy első kérdéséről

Első kérdésével az írásbeli bíróság arra kereste a választ, hogy a rendeletet úgy kell-e értelmezni, hogy ha azt állítják, hogy a gyermekeket jogellenes vitték el, a gyermekek korábbi szokásos tartózkodási helye szerinti tagállami bíróságának e gyermekek visszavitelét elrendelő határozata ezen általános rendelkezések értelmében a fogadó tagállamban végrehajthatóvá nyilvánítható-e. Azaz a tagállami bíróság konkrétan arra kereste a választ, hogy a HCC-nek ki kellett volna-e merítenie a fogadó tagállamban a Hágai Egyezmény szerint rendelkezésre álló

¹² Lásd a Bíróság elnökének erre vonatkozó 2018. június 11-i határozatát.

¹³ Lásd a Bíróság eljárási szabályzatának 107. cikkét.

jogorvoslatokat mielőtt a rendelet alapján megkísérelte elismertetni és végrehajtani a gyámság alá helyező végzést.

A főtanácsnoki indítványban rögzített gondolatmenet a következő volt. Az indítvány szerint meg kell különböztetni egyfelől azokat a határozatokat, amelyek a szülői felelősségre vonatkozó határozat következményeként magukban foglalják vagy elrendelik a gyermeknek az eredeti eljárás helye szerinti tagállamba történő visszavitelét, másfelől pedig azokat a határozatokat, amelyek egy személynek, a jelen esetben egy gyermeknek a valamely tagállam területére történő visszavitelét a szülői felelősségre vonatkozó határozattól függetlenül rendelik el: a két határozattípus magában foglalhatja a gyermeknek az eredeti eljárás helye szerinti tagállamba történő visszavitelét, azonban csak az előbbi határozatok nyilváníthatók végrehajthatóvá a 2201/2003 rendelet alapján a megkeresett tagállamban. A főtanácsnok szerint nem kizárt, hogy a tagállami bíróságok a nemzeti joguk alapján a szülői felelősségre vonatkozó határozat meghozatalától függetlenül rendelkezhetnek el egy gyermeknek a területükre történő visszavitelét, ugyanakkor ez a visszavitel elrendelő végzés – amennyiben nem minősül a 2201/2003 rendelet alapján elfogadott, visszavitel elrendelő határozatnak – nem tartozik a rendelet tárgyi hatálya alá. Az indítvány szerint így első kérdésre azt a választ kell adni, hogy amennyiben a gyermekeket állítólag jogellenesen vitték el a szokásos tartózkodási helyük szerinti tagállamból egy másik tagállamba, az eredeti eljárás helye szerinti tagállam bírósága által a 2201/2003 rendelet 11. cikkében előírt eljáráson kívül és a szülői felelősségre vonatkozó határozattól függetlenül hozott, az ezen gyermekek visszavitelét elrendelő határozat nem hajtható végre e rendelet III. fejezetének rendelkezéseivel összhangban. Ugyanakkor ilyen körülmények között az eredeti eljárás helye szerinti tagállam bírósága által hozott, a szülői felelősségre vonatkozó határozat, amely magában foglalja a gyermek e tagállamba történő visszavitelét, végrehajtható e rendelkezésekkel összhangban.

A Bíróság ettől részben eltérő következtetésre jutott. Az ítélet mindenekelőtt megállapította azt, hogy bár e rendelet célja a preambuluma értelmében, hogy a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szóló szabályok megállapításával létrehozson egy, a bírósági határozatok kölcsönös elismerése elvén alapuló valóságos jogi térséget, miközben az Egyezmény tárgya az 1. cikkének a) pontja szerint biztosítani a bármelyik szerződő államba jogellenesen elvitt vagy ott visszatartott gyermekek azonnali visszajuttatását, szoros kapcsolat áll fenn e két jogforrás között,

amelyeknek közös célja lényegében, hogy visszatartsanak a gyerekek jogellenes külföldre vitelétől, és ha ez megtörténik, elérjék a gyermekeknek a szokásos tartózkodási helyük szerinti államba történő haladéktalan visszavitelét.¹⁴ A szóban forgó két jogszabály kapcsolatát a rendelet akként pontosítja, hogy a tagállamok bíróságainak a rendeletet kell alkalmazniuk az 1980. évi Hágai Egyezmény szerinti visszavitelre irányuló eljárásra. A Bíróság ebből azt a következtetést vonta le, hogy e rendelkezések nem követelik meg, hogy valamely személy, szerv vagy hatóság – ha állítólag gyermek jogellenes külföldre vitelére került sor – az 1980. évi Hágai Egyezmény alapján kérje e gyermeknek a szokásos tartózkodási helye szerinti államba való haladéktalan visszavitelét.

A Bíróság továbbá megvizsgálta azt, hogy a visszavitt elrendelő végzés a rendelet tárgyi hatálya alá tartozik-e, amit C. E. vitatott. A kiindulási pont a rendelet tárgyi hatályára vonatkozó előírása volt, amely szerint a rendeletet a bíróság jellegétől függetlenül alkalmazni kell a többek között a szülői felelősség megállapításával, gyakorlásával, átruházásával, korlátozásával vagy megszüntetésével kapcsolatos polgári ügyekben. A szülői felelősséggel kapcsolatos ügyek különösen a következőkkel foglalkoznak: felügyeleti jog, gyámság, a gyermek személyének, illetve vagyonának gondozásával megbízott olyan személyek vagy szervek kijelölése és feladatai, amelyek képviselik vagy támogatják a gyermeket, valamint a gyermek nevelőszülőknél való elhelyezése vagy intézményi gondozásba helyezése. A High Court (felsőbíróság, Írország) által a rendelet alapján elfogadott *ex parte* végzés elismerte a gyámság alá helyező végzést, és azt Írországban végrehajthatóvá nyilvánította. Nem vitatott, hogy a három gyermek visszavitelére vonatkozó kérelem nem az 1980. évi Hágai Egyezményen alapult, és hogy a gyámság alá helyező végzés rendelkező része több elemből áll, többek között a gyermekek állami gondozásba vételéből és a visszavitt elrendelő végzésből. A Bíróság ezek alapján megállapította, hogy a gyermekeket gyámság alá helyező és azok visszavitelét elrendelő olyan határozat, mint amely az alapeljárás tárgyát képezi, és amelynek a végrehajtását az írásbíróságtól kérték, a rendelet szerint a szülői felelősség megállapítására és/vagy gyakorlására és/vagy korlátozására vonatkozik, továbbá a rendelet értelmében a “felügyeleti joggal” és/vagy a “gyámsággal” foglalkozik. Ezért az ilyen határozat e rendelet tárgyi hatálya alá tartozik.

A Bíróság ennek megfelelően úgy döntött, hogy az első kérdésre azt a választ kell adni, hogy a rendeletet úgy kell értelmezni, hogy ha azt állítják,

¹⁴ Lásd ehhez : 2008. július 11-i Rinau ítélet, C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, 48. és 52. pont.

hogy a gyermekeket jogellenes vitték el, a gyermekek korábbi szokásos tartózkodási helye szerinti tagállam bíróságának az említett gyermekek visszavitelét elrendelő és a szülői felelősségre vonatkozó határozatát követő határozata ezen általános rendelkezések értelmében a fogadó tagállamban végrehajthatóvá nyilvánítható.

4.2. A C-325/18. sz. ügyben előterjesztett második és harmadik kérdéstről

A második és a harmadik kérdésével az írásbeli bíróság arra kereste a választ, hogy a rendelet 33. cikkének a Charta 47. cikkére tekintettel értelmezett (1) bekezdését úgy kell-e értelmezni, hogy egyrészt azzal olyan helyzetben, mint amely az alapeljárás tárgya, ellentétes a gyámsága alá helyezést és a gyermekek visszavitelét elrendelő, továbbá a megkeresett tagállamban azelőtt végrehajthatóvá nyilvánított tagállami bírósági határozatnak a végrehajtása, hogy az érintett szülőknek kézbesítették volna az e határozat végrehajthatóságát megállapító nyilatkozatot, másrészt az e 33. cikk (5) bekezdésében előírt keresetindítási határidőre kell hivatkozni azon személy esetében, akivel szemben az említett határozat végrehajtását kérték.

A Bíróság már korábbi ügyekben megállapította, hogy hogy annak elkerülése érdekében, hogy a végrehajthatóvá nyilvánítás tárgyában hozott határozat ellen benyújtott jogorvoslat felfüggesztő hatálya megkérdőjelezhesse a rendelet 31. cikkében előírt rövid határidőt, az elhelyezést elrendelő határozat azon időponttól végrehajtható, amikor a megkeresett tagállam bírósága az említett 31. cikknek megfelelően megállapította e határozat végrehajthatóságát.¹⁵ Az ítélkezési gyakorlat részévé vált az a döntés is, amely szerint a megkeresett tagállam bíróságának, annak érdekében, hogy ne fossa meg hatékony érvényesülésétől a rendeletet, a végrehajthatóvá nyilvánítás iránti kérelemre vonatkozó határozatot különös gyorsasággal kell meghoznia, és a megkeresett tagállam bíróságának ilyen határozata ellen benyújtott jogorvoslat nem bírhat felfüggesztő hatállyal.¹⁶ Az új jogértelmezési problémát az okozta, hogy az előző ítéletek alapján nem dönthető el előre az a külön kérdés, hogy az *ex parte* eljárás szakaszában végrehajthatóvá nyilvánított határozat végrehajtható-e a kézbesítés előtt.

¹⁵ Lásd ehhez : 2012. április 26-i Health Service Executive ítélet, C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, 125. pont.

¹⁶ Lásd ehhez : 2012. április 26-i Health Service Executive ítélet, C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, 129. pont.

A kérdés nehézségét jelezte az is, hogy maga a Bíróság is felhívta a figyelmet arra, hogy önmagában a rendelet szövege alapján nem lehetséges a feltett kérdésekre válaszolni. E rendelkezés előírja ugyanis, hogy a végrehajtási határozat elleni jogorvoslat benyújtására nyitva álló határidő e határozat kézbesítésétől kezdődik, nem jelöli meg pontosan, hogy a végrehajtásra sor kerülhet-e ezen kézbesítés előtt. E kézbesítési kötelezettség, valamint a jogorvoslatra vonatkozó információk azzal együtt történő átadása lehetővé teszi, hogy az a fél, aki ellen a végrehajtást kérték, hatékony jogorvoslati joggal rendelkezzen.

Következésképpen annak megállapításához, hogy az érintett félnek a rendelet 33. cikke értelmében véve lehetősége volt jogorvoslati kérelem előterjesztésére a végrehajthatóságot megállapító határozattal szemben, az szükséges, hogy ismerje e határozat tartalmát, ami egyben feltételezi, hogy azt részére kézbesítették, vagy közölték vele.¹⁷ Az ír jog alapján végrehajthatóságot megállapító határozatnak tartalmaznia kell egy olyan megjegyzést, amely szerint „az ítélet vagy határozat végrehajtása bíróság előtti kérelemre felfüggeszhető, ha az eredeti eljárás helye szerinti tagállamban rendes jogorvoslatot nyújtottak be”. A Bíróság szerint az a lehetőség, hogy a nemzeti jog alapján kérhető az ilyen határozat végrehajtásának felfüggesztése a hatékony jogorvoslathoz való alapvető jog, illetve általánosságban a védelemhez való jogok lényeges garanciájának minősül, amely felfüggesztésre többek között akkor kerülhet sor, ha valamely határozat végrehajtása nyilvánvalóan rendkívüli következményeket vonna maga után. A Bíróság előtti tárgyaláson a HCC azt állította, hogy a határozat haladéktalan végrehajtását „általában a szökés veszélye” tette szükségessé. A Bíróság azonban megállapította, hogy a gyermekek 2017. szeptember 14. óta Írországból befogadó otthonban voltak elhelyezve. Következésképpen úgy tűnik, hogy az Egyesült Királyságba való visszavitelüket elrendelő határozat végrehajtását nem jellemezte különös sürgősség. A Bíróság ezért úgy vélte, hogy a rendelettel ellentétes a gyámsága alá helyezést és a gyermekek visszavitelét elrendelő, továbbá a megkeresett tagállamban azelőtt végrehajthatóvá nyilvánított tagállami bírósági határozatnak a végrehajtása, hogy az érintett szülőknek kézbesítették volna az e határozat végrehajthatóságát megállapító nyilatkozatot.

Az ír bíróság arra is kereste a választ, hogy ilyen körülmények között a rendelet 33. cikkének (5) bekezdését úgy kell-e értelmezni, hogy az e rendelkezésben előírt keresetindítási határidőre hivatkozni kell az

¹⁷ Lásd ehhez: 2006. december 14-i ASML-ítélet, C-283/05, EU:C:2006:787, 40. pont.

érintett szülőkkel szemben. Az alapeljárásban nem volt vitatott, hogy a végrehajthatóságot megállapító határozatot ténylegesen kézbesítettek az érintett szülőknek. A Bíróság szerint kétségtelen, hogy a szülőket megfosztották azon joguktól, hogy a visszavitt elrendelő végzés végrehajtásának felfüggesztését kérjék, mivel a kézbesítésre e határozat végrehajtását követően került sor. Mindazonáltal a jogaik e sérelme nincs hatással az e határozat kézbesítésével meginduló keresetindítási határidőre. Ilyen körülmények között a rendelet 33. cikkének (5) bekezdésében előírt keresetindítási határidőt az eljáró bíróság nem hosszabbíthatja meg.

Itt kell megjegyezni azt, hogy a főtanácsnok ezzel részben ellentétes következtetésre jutott. Az indítványa értelmében a rendelet végrehajtási rendelkezéseit érintő ügyben az eljáró bíróság a tagállamok eljárási autonómiájának elve értelmében hatáskörrel rendelkezik arra, hogy az említett rendelet 33. cikkének (5) bekezdésében előírt jogorvoslati határidőt meghosszabbítsa. A főtanácsnok szerint az érintett bíróság feladata, hogy az adott ügy összes körülménye alapján, valamint az egyenértékűség és a tényleges érvényesülés elvére tekintettel megvizsgálja azt, hogy ezt a meghosszabbítást engedélyezni kell-e.¹⁸ Az indítvány azzal indokolta ezt a megközelítést, hogy a rendelet csak azt mondja ki, hogy a jogorvoslat benyújtására nyitva álló határidő a távolságra tekintettel nem hosszabbítható meg, e határidőnek a távolságtól eltérő *más* okból történő meghosszabbítása nem kizárt, csak azt mondja ki, hogy a jogorvoslat benyújtására nyitva álló határidő a távolságra tekintettel nem hosszabbítható meg, e határidőnek a távolságtól eltérő *más* okból történő meghosszabbítása nem kizárt.¹⁹ A főtanácsnoki érvelés szerint az a tény, hogy a határidőnek csak a távolságra tekintettel történő meghosszabbítása kifejezetten tiltott, annak a jele, hogy az uniós jogalkotó nem akarta kizárni a rendelet 33. cikkének (5) bekezdésében megállapított határidő egyéb okokból történő meghosszabbítását. Mint látjuk azonban, a Bíróság nem tette teljesen magáévá ezt a gondolatmenetet.

¹⁸ Ezen értékelés során ez a bíróság többek között figyelembe veheti azt, hogy a végrehajthatóságot megállapító határozat azt megelőzően történő végrehajtása, hogy e határozatot a végrehajtás alá vont személy részére kézbesítették, indokolatlanul sértette e személynek a Charta 47. cikkében biztosított hatékony jogorvoslatához való jogát.

¹⁹ Ezt az álláspontot képviseli a nemzetközi magánjog területén számos kiemelkedő szerző is, lásd pl. : Schlosser P. EU-Zivilprozessrecht. 2. kiadás. München ; Beck, 2003. 276. o. 9. sz. ; Oberhammer P. Art. 43. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 10. kötet. 22. kiadás. Tübingen : Mohr Siebeck, 2011. 686. o. 11. sz. ; Mankowski P. Art 33. Brussels IIbis Regulation. München : Sellier, 2012. 312. o. 38. sz. ; Paraschas K. VO (EG) 2201/2003 Art. 33. Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen. 54. kiadás. München : Beck, 2018. 8. sz.

4.3. A C-375/18. sz. ügyben előterjesztett kérdésről

A negyedik kérdésével a kérdést előterjesztő ír bíróság azt szerette volna megtudni, hogy a rendeletet úgy kell-e értelmezni, hogy azzal olyan helyzetben, mint amely az alapeljárás tárgya, ellentétes az, hogy a tagállami bíróság valamely másik tagállam közjogi szervezetével szemben ideiglenes intézkedés formájában védelmi intézkedéseket fogadjon el, megtiltva e szervezetnek, hogy e másik tagállam bíróságai előtt az ott tartózkodó gyerekek örökbefogadására irányuló eljárást indítsanak vagy folytassanak le.

A Bíróság már korábban kimondta, hogy a rendelet lehetővé teszi az e cikkben említett bíróságok számára, hogy ideiglenes vagy védelmi intézkedéseket hozzanak, feltéve hogy e bíróságok a szülői felelősséggel kapcsolatos joghatóságukat nem az e rendelet II. fejezetének 2. szakaszában foglalt cikkek valamelyikére alapítják.²⁰ E bíróságok csak akkor jogosultak ideiglenes vagy védelmi intézkedéseket hozni, ha a következő három feltétel együttesen fennáll:

- a szóban forgó intézkedéseknek sürgőseknek kell lenniük;
- azokat az e bíróságok székhelye szerinti tagállamban található személyekre vagy vagyontárgyakra vonatkozóan kell meghozni, valamint;
- ideiglenes jellegűeknek kell lenniük.²¹

Ebből az is következik, hogy az olyan határozat, amelyből nem derül ki, hogy azt az ügy érdemével kapcsolatban joghatósággal rendelkező vagy állítólag joghatósággal rendelkező bíróság hozta, nem feltétlenül tartozik a rendelet 20. cikkének hatálya alá, hanem kizárólag akkor vonatkozik rá e rendelkezés, ha e határozat megfelel az e rendelkezésben előírt feltételeknek.²² A Bíróság szerint meg kell állapítani, hogy az alapeljárás tárgyát képező ideiglenes intézkedés iránti kérelem nem olyan személyekre vonatkozik, akik a kérdést előterjesztő bíróság székhelye szerinti tagállamban tartózkodnak, és így nem teljesíti a fentebb részletezett feltételeket. A Bíróság válasza ezért az volt, hogy nem tartozik a rendelet 20. cikkének hatálya alá az olyan védelmi intézkedés, mint amilyen az alapügy tárgyát képező ideiglenes intézkedés, amelyet valamely tagállami bíróságtól valamely másik tagállam közjogi szervezetével szemben kérnek, megtiltva e szervezetnek, hogy az e másik tagállam bíróságai előtt az ott tartózkodó gyerekek örökbefogadására irányuló eljárást indítsanak vagy folytassanak le.

A tagállami bíróság végül arra is választ várt, hogy az ilyen ideiglenes intézkedés annak megtiltásához vezetne-e, hogy a HCC a hatáskörrel

²⁰ Lásd ehhez : 2010. július 15-i Purrucker ítélet, C-256/09, EU:C:2010:437, 63. pont.

²¹ Lásd ehhez : 2010. július 15-i Purrucker ítélet, C-256/09, EU:C:2010:437, 77. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

²² Lásd ehhez : 2010. július 15-i Purrucker ítélet, C-256/09, EU:C:2010:437, 78. pont.

rendelkező angol bíróságokhoz forduljon, ami korábbi ítéletekben megtiltott ún. *anti-suit injunction*höz lenne hasonlatos. A Bíróság ezen korábbi ügyekben kimondta, hogy a *anti-suit injunction*, vagyis az olyan intézkedés, amely célja megtiltani valakinek, hogy másik tagállam bíróságai előtt eljárást indítson vagy folytasson, nem egyeztethető össze a polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról és a bírósági határozatok végrehajtásáról szóló, 1968. szeptember 27-én megkötött egyezményvel és a rendelettel, mivel az ilyen intézkedés nem tartja tiszteletben azon elvet, amely szerint valamennyi bíróság jogosult a rá alkalmazandó szabályok alapján megvizsgálni, hogy rendelkezik-e joghatósággal az elé terjesztett jogvita eldöntésére. A másik tagállam bíróságának hatáskörébe való ilyen beavatkozás egyébiránt összeegyeztethetetlen a kölcsönös bizalom elvével, amely lehetővé tette a joghatóságok kötelező rendszerének bevezetését, amelyet az e jogforrások hatálya alá tartozó összes bíróságnak be kell tartania.²³ A Bíróság ebben az ügyben megállapította, hogy a rendelet és különösen annak 26. cikke nem teheti lehetővé olyan ideiglenes intézkedés meghozatalát, amelynek célja megtiltani a HCC számára, hogy az Egyesült Királyságban a gyermekek örökbefogadásával kapcsolatos bírósági eljárást indítson vagy vitassa az angol bíróságok vonatkozó joghatóságát. A Bíróság ezzel egyidejűleg azonban azt is kimondta, hogy az olyan ideiglenes intézkedésnek, mint amelyet az érintett szülők kérnek nem célja és nem következménye a HCC abban való megakadályozása, hogy angol bírósághoz forduljon ugyanazon tárggyal kapcsolatban, mint a kérdést előterjesztő bíróság előtt folyamatban lévő jogvita tárgya, mivel az Egyesült Királyságban indított vagy folytatott bírósági örökbefogadási eljárásnak eltérő a célja és a hatása, mint a rendelet szerinti, a gyermekek visszavitelére és az érintett szülők jogorvoslati jogának védelmére irányuló eljárásnak. A rendelet szerint az ezen örökbefogadásról szóló határozat, és az azt előkészítő intézkedések nem tartoznak a rendelet hatálya alá. A Bíróság a negyedik kérdésre így azt a választ adta, hogy a rendeletet úgy kell értelmezni, hogy azzal olyan helyzetben, mint amely az alapeljárás tárgya, nem ellentétes az, hogy a tagállami bíróság valamely másik tagállam közjogi szervezetével szemben ideiglenes intézkedés formájában védelmi intézkedéseket fogadjon el, megtiltva e szervezetnek, hogy a másik tagállam bíróságai előtt az ott tartózkodó gyerekek örökbefogadására irányuló eljárást indítsanak vagy folytassanak le.

²³ Lásd ehhez : 2004. április 27-i Turner ítélet, C-159/02, EU:C:2004:228, 24. és 25. pont ; 2009. február 10-i Allianz és Generali Assicurazioni Generali ítélet, C-185/07, EU:C:2009:69, 29. és 30. pont ; 2015. május 13-i Gazprom ítélet, C-536/13, EU:C:2015:316, 33. és 34. pont.

KÖVETKEZTETÉSEK

Ítéletében a Bíróság megerősítette a korábbi hasonló tárgyú ügyekben kialakított ítélkezési gyakorlatát. Az alapügyben alkalmazandó 2201/2003/EK rendeletet a Bíróság hatálybalépése óta már több tucat alkalommal értelmezte. A jogszabály 33. cikke tekintetében azonban ez volt az első alkalom, amikor egy tagállami bíróság előzetes döntéshozatali eljárás keretében megkereste a Bíróságot. A 11. cikket illetően pedig egyetlen másik döntés született eddig egy görög bíróság kérelmére indult ügyben.²⁴ Abban a döntésében a Bíróság kimondta, hogy az olyan helyzetben, amelyben a szülők közös szándékának megfelelően a gyermek azon tagállamtól eltérő tagállamban született, és tartózkodott több hónapig megszakítás nélkül az édesanyjával, amelyben a szülők a gyermek születése előtt szokásos tartózkodási hellyel rendelkeztek, a szülők azon eredeti szándéka, hogy az anya a gyermekkel együtt visszatér az utóbbi tagállamba, nem teszi lehetővé annak megállapítását, hogy e gyermeknek ott található a rendelet értelmében vett “szokásos tartózkodási helye”. Következésképpen ilyen helyzetben az, hogy az anya megtagadta az e tagállamba a gyerekekkel való visszatérést, nem tekinthető a gyermek jogellenes elvitelének vagy visszatartásának.

ÖSSZEFOGLALÁS

Az Európai Unió Bírósága egy 2018 őszén hozott ítéletében értelmezte a házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szóló, 2003. november 27-i 2201/2003/EK tanácsi rendelet két cikkét. Ítéletében a Bíróság megerősítette a korábbi hasonló tárgyú ügyekben kialakított ítélkezési gyakorlatát. A tanulmány bemutatja az ügy jogi hátterét, a tényállásbeli előzményeket, a tagállami bíróság által az előzetes döntéshozatali eljárásban feltett kérdéseket, és a Bíróság arra adott válaszait a jogi indokolásukkal együtt, különös tekintettel a főtanácsnoki indítványtól eltérő részekben.

Information about author:

Angyal Zoltán,

Ph. D.,

Egyetemi docens,

Miskolci Egyetem, Állam-és Jogtudományi Kar

²⁴ A Bíróság 2017. június 8-i ítélete a C-111/17. sz. ügyben, OL kontra PQ, A Monomeles Protodikeio Athinon (Görögország) által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelme.

ASSESSMENT OF THE ACTIVITY EFFECTIVENESS OF THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE TO PROVIDE PUBLIC SECURITY IN THE CONDITIONS OF THE UNITED FORCES OPERATIONS

Abroskin V. V.

INTRODUCTION

Ensuring public order and public security in the state by the National Police of Ukraine, combating crime, protecting the rights, freedoms and interests of citizens is an important element of public administration.

The creation of the National Police of Ukraine raised the question of the introduction of a new modern approach, which would give an objective idea of the level of effectiveness of its activities. Performance appraisal, encompassing the activities of police bodies and units, including in the event of circumstances of a specific nature, such as the united forces operations, is extremely important as it directly influences the determination of the directions and priorities of administration, allows to ensure sufficient level of efficiency of this law enforcement agency and increase the already existing indicators.

Determining the level of effectiveness of police activities allows you to objectively evaluate the work of the latter, to make effective management decisions, which is especially relevant in the area of the united forces operations, where the mistake of a leader can cost more than one human life. The assessment process is compounded by the specific situation that requires every police officer to do his utmost and to work outside of his or her daily routine. In such circumstances, the issue of developing an effective and objective mechanism for evaluating the effectiveness of the police as a whole, and in particular, becomes even more urgent, especially given that today the general mechanism for conducting such an evaluation is not fully formed, but in the presence of specific conditions it is should be carried out taking into account the peculiarities of the situation in which the police have to work every day.

The Law of Ukraine “On National Police” stipulates that police activity should be aimed at meeting the needs of the population, and its level of trust in the police is one of the main criteria for evaluating the effectiveness of the activities of police bodies and units. However, these questions regarding the overall performance evaluation of the police and its units have been identified unilaterally, only within the framework of public assessment.

In particular, in Part 3 of Art. 11 of the Law of Ukraine “On the National Police” states that the main criterion for assessing the effectiveness of the police is the level of public confidence¹. The level of public trust in the police is based solely on their subjective understanding of how the police should work and what means to use. In almost all cases, such an assessment is fundamentally different from the reality, in particular because of the ignorance of the majority of the population in the legal rules governing police activity.

Determining the level of citizens’ trust in the police as the main indicator of the work of the National Police, although it is a rather progressive and modern step within the reform of law enforcement agencies, but today, in the context of numerous reforms and ambiguous political and economic situation affecting the overall psycho-emotional background society, it is appropriate to take into account not a single indicator, but a set of quantitative and qualitative indicators.

Thus, assessing the level of public confidence in the bodies and units of the National Police allows to identify problematic issues in their activities, take into account the public opinion to improve their work, which contributes to the efficiency of the bodies and units of the police, makes their activities more transparent, understandable and controlled society.

1. Indicators of assessment of the efficiency of the National Police work

The activities of the National Police in the area of public security and order are one of the areas of public administration. Therefore, it is necessary to find out the meaning of the relevant category in the system connection with the government. In the dictionary, the category “efficiency” is defined as: 1) a differentiated and multilevel characteristic, which at the same time retains its relativity with respect to the declared goals; 2) the relationship between the product and the resources that went into creating it in terms of the result, that is, the connection with the resources, the product and the goals, but necessarily with the effect, the latter being achieved outside the activity, process of creating the product or service, in the process of its consumption². Thus, the main content of the category “efficiency” is revealed by the ratio of tasks, results and means (resources)

¹ Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 22.01.2020).

² Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2009. 1736 с.

spent on it. Meanwhile, the results of management activities that do not involve the formation (production) of a tangible object, should be evaluated taking into account certain features of measuring its effectiveness.

The scientific literature offers various definitions of the category of “public administration efficiency”. Scientist V. Malikov provided definition of efficiency of activity of units of public safety militia on protection of public order in public places and ensuring of safety of citizens as a correlation between actual result of their activity (consistency of actions of subjects of public order and security of citizens, number of drawn up administrative protocols, detained violators of public order, held meetings with the population and representatives of public formations, etc.) and those goals and objectives that are facing these units in the field of public order³, which in formulating this definition, proceeded from a broad understanding of the concept of “efficiency”. A more narrow (specific) approach involves the identification of several separate elements of efficiency, in particular, resource-saving, economic, social, target component, etc.

According to O. Tkachova public administration efficiency is the achievement of socially significant results at socially justified costs. Public administration efficiency is a complex concept that depends on many factors, including economic, social, political, organizational, and so on. Therefore, the scientist considers it necessary to introduce an individual approach to each management object and to develop an individual system of criteria and indicators for evaluating the effectiveness of the functioning of the public administration⁴. The opinion of the scientist should be agreed, because each body has its own tasks and therefore it is not possible to evaluate the effectiveness of their results.

Thus, the signs of the effectiveness of providing public security and order by the National Police in the state include: being part of the overall effectiveness of the National Police; reflects the actual state of organization and management of the work of the police in the appropriate direction, in which the goals are achieved and the corresponding tasks are performed in combination with the most optimal use of resources (financial, human resources, etc.); effectiveness is influenced by various factors of economic, social, legal, organizational and other nature. Therefore, when assessing it, it is necessary to take a comprehensive approach to determining the criteria.

³ Маліков В.В. Адміністративно-правові форми забезпечення громадського порядку. *Серія Право*. 2014. Вип. 28. Т. 2. С. 144–147.

⁴ Ткачова О.К. Ефективність державного управління: поняття та підходи до оцінювання. *Вісник Національної академії державного управління при Президентіві України*. 2013. № 2. С. 30–37. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadu_2013_2_6 (дата звернення: 26.12.2019).

Effectiveness of providing public security and order in the state by the National Police of Ukraine can be defined as the level of quantitative results of the police activity, which are expressed in the achievement of a proper state of protection of vital interests, which are included in the content of public security and order, through the optimal use of methods, means and resources for these purposes.

As rightly note O. Martynenko and E. Zakharov, citizens should be sure that police personnel are “skilled in law enforcement activities in crime prevention, crime detection and public order protection; honestly performs its duties and complies with the law; helps ordinary people; treats all people with respect”⁵.

The work of I. Okhrimenko is particular importance, which stated that the proper assessment of the effectiveness of the activities of bodies and units of the National Police of Ukraine should be determined by the following components: 1) indicators of the appointment and immediate primary activity of the authorized entities; 2) indicators of public safety and order; 3) reliability indicators; 4) indicators of the professional level of police personnel; 5) optimizing the use of resources; 6) the total percentage of the population satisfied with the quality of work of police bodies and units⁶.

In particular, the first indicator assesses the timeliness of the implementation of various necessary measures by police, including those related to responding to citizens’ statements and their satisfaction with the result of the decision, as well as the congruence (adequacy) and cooperation of police services and units.

The second indicator combines quantitative and qualitative information on registered individual types of offenses (criminal and administrative) per 1 thousand inhabitants of the service territory and as a percentage the number of investigated (uncovered), the implementation of preventive activities by the police, which reflects the perception of each person crime level.

The third indicator (reliability) summarizes the results of the police services provided: from the number of complaints to the notification of citizens about the decisions taken on the complaints.

⁵ Мартиненко О., Захаров Є. Стратегія розвитку органів внутрішніх справ. *Закон і Бізнес*. URL: http://zib.com.ua/ua/print/101834-strategiya_rozvitku_organiv_vnutrishnih_sprav_tekst_proektu.html (дата звернення: 01.12.2019).

⁶ Охріменко І.М. Оцінка ефективності діяльності органів і підрозділів Національної поліції України: погляд на проблему. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 11. С. 139–144.

The fourth indicator (professional level of police personnel) represents the level of professionalism of police personnel by assessing the number of working professionals, their level of training, skills, knowledge, skills and information, the objective need for their retraining, as well as their moral and business qualities (eg, humanity and benevolence).

The fifth indicator assumes that in the process of resource optimization, the logistics of the police is assessed on certain issues: information, technical, transport and financial support, etc.

The sixth indicator creates an idea of the population of the country, which is generally satisfied with the work of the National Police, by assessing precisely the level of trust of the population and covers “various forms of gathering information on complaints and complaints from citizens; procedure for evaluating this reaction in different cases (situations); the system of response measures taken (promotion and punishment); overall evaluation of the work of the structural unit or police body; the amount of public information available; evaluation of professional training of police personnel, etc”⁷.

The disparity of these indicators, which, in our opinion, most fully characterize police activity and form a real objective view of the performance of the tasks assigned to the police, requires the development of versatile assessment approaches, that is, the systematic use of appropriate tools to assess the effectiveness of police through the use of empirical research methods (observation, experiment, comparison, measurement, survey, description)^{8,9} to collect the necessary data and theoretical (analysis, synthesis, induction, deduction, etc.) – to obtain relevant conclusions on police performance.

2. Methods of assessing the efficiency of the National Police work

An important theoretical component of evaluating police activity is the method of evaluation. It is worth agreeing with the opinion of U. Danilenko, which states that the methods are usually used in theoretical studies, and the methods are used in practical activities. Thus, a derivative of the term “method” is a concept of “methodology” that specifies

⁷ Основи методології та організації наукових досліджень : навчальний посібник / за ред. А.С. Конверського. Київ : Центр навч. літ., 2010. 352 с.

⁸ Пчелін В.Б. Сутність інформаційного забезпечення адміністративного судочинства України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 3. Т. 2. С. 22–25.

⁹ Рассоха І.М. Методологія та організація наукових досліджень : конспект лекцій. Харків : Харків. нац. акад. міськ. госп-ва, 2011. 76 с.

a particular method in the form of a procedure, sequence of actions, rules, or instructions.

Generally speaking, a method is a set of methods, approaches, and techniques that allow one to obtain and learn the necessary information about a research object. Instead, the methodology for evaluating police activity is the totality and consistency of using various techniques and techniques to investigate the effectiveness and efficiency of service, personal and business qualities, health and physical fitness of police officers.

The choice of one method or another depends on the social relationships being investigated and the outcome expected. Therefore, assessment methods are more effective and efficient when used in combination of several methods at the same time, which are collectively capable of exploring an object or subject from different sides, by different criteria¹⁰.

We describe the methods by which police performance can be assessed.

We use the observation method (both by specialists and ordinary citizens) to study the work of police departments or individual police officers, which excludes any activity by which one can form an idea of the actual day-to-day work of the police without “any embellishments and exaggerations”.

The experiment method is advisable to apply new measures to the work of police units immediately before directly implementing them, in order to find out how they will affect police performance or to identify the potential capacity of police officers in complex, ambiguous and specific conditions.

In turn, the work of individual police units or territorial and police departments within one or different regions can be compared, which will give an idea of the difference in the level of effectiveness of certain police agencies to find out the positive aspects of the work to be undertaken or vice versa. negative ones – to eliminate them.

The measurement method is associated with obtaining various kinds of quantitative indicators for further processing, for example for statistical purposes. Under these conditions, a number of elements are required: a directly measurable object; the quantities by which it is carried out; the method of measurement is determined and directly by the person (group of persons) who performs it.

The most relevant of the methods by which primary information is collected is the survey method: it is used either directly during the interview process or indirectly through questionnaires. One of the features of the survey, regardless of the form in which it is conducted, is that the data is obtained

¹⁰ Аброськін В.В. Особливості організації служби на блокпостах у зоні антитерористичної операції. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 5. С. 125–129.

in the form in which it is displayed in the minds of persons participating in it, and therefore it is necessary to take into account that the information received may be somewhat distorted by subjective factors and personal perception of each person's life realities. The survey can be used to as clearly as possible examine the general public opinion about the quality of work of the National Police and the crime rate in the country or in its individual territory. An extremely important aspect in this case should be the interviewing of persons who, for one reason or another, have had direct contact with the police, as such information may give a more complete picture of work of the police¹¹.

In order to obtain information on internal organizational processes and problematic issues, it is necessary to interview not only citizens but also directly police officers, which will allow to identify organizational, administrative and service issues.

The qualitative method is applied in conjunction with such methods as: 1) method of observation – evaluation of police behavior in both office and non-business hours, carried out by direct or direct manager; 2) matrix – is based on a comparison of the direct manager of actual results of the performance of functional duties, professional qualities (characteristics) of the police officer with the list of those defined in the job description; 3) standard assessments – involves filling in a direct or direct manager of a police special form – an attestation letter, which analyzes and evaluates certain aspects of the activity of a subordinate employee during the reporting period¹².

The description, as a final method, is used by the direct supervisor in the overall assessment of a police officer by various criteria: 1) performance results in accordance with functional responsibilities; discipline, principle in dealing with service issues, the ability to build relationships with citizens and colleagues, the ability to work to eliminate personal shortcomings, authority in the team and among the population; 2) aspiration to improve service, sense of personal responsibility, stability of moral principles, courage, determination, organization, ability to control one's own emotions, behavior outside the service; 3) knowledge of foreign languages; culture in service and attitude to improve their educational and cultural levels; 4) health and physical fitness, ability to possess a firearm,

¹¹ Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина : навчальний посібник / В.В. Серета та ін. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2015. 511 с.

¹² Адміністративна діяльність Національної поліції : навчальний посібник / Т.П. Мінка та ін. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. 248 с.

hand-to-hand combat techniques, special personal protective equipment and active defense; 5) the main most significant deficiencies in service and personal behavior; 6) other data which, in the opinion of the manager, deserve attention for a more complete description of the subordinate; 7) results of training^{13, 14)}; this method provides a consistent and reasoned characterization of the performance of each police officer, identifying both advantages and disadvantages.

Further work with the received primary information should be based on the use of methods of analysis, synthesis, induction, deduction and others.

The analysis allows us to examine the overall performance of the police by examining the performance of its individual services and units, which are then combined to provide a general study using the synthesis method.

Using the induction method, it is possible to investigate the factors that adversely affect the work of police, by identifying them in a separate set of police departments and services where they occur, and further generalizing them to a larger number of police bodies.

Deduction can allow you to draw a logical conclusion, moving from “general to individual”, thus first examining the whole object – the body or police department, and then detailing its constituent elements, that is, first of all, to study the overall level of efficiency, and then each structural unit. As a result of applying this method, it is possible to conclude on the level of efficiency of each individual structural element and its contribution to the overall level of police work efficiency.

In view of the above, we consider it necessary to note the “Procedure for assessing the level of public confidence in the National Police”, which establishes a mechanism for assessing the level of public confidence in the police. Based on this mechanism, information is collected “on the assessment by the population of the quality of performance of bodies and units of the National Police assigned to them tasks and functions, on the compliance of the work of bodies and units of the National Police with the expectations of the population, identification of trends in the level

¹³ Осика І.М. Критерії оцінки ефективності діяльності правоохоронних органів: досвід США і Великобританії. *Національна громадська платформа «Реформуємо МВС: прозорість та відповідальність»*. URL: <http://police-reform.khpg.org/index.php?id=1433232742&w=критерії оцінки> (дата звернення: 04.12.2019).

¹⁴ Аброськін В.В. Особливості взаємодії Національної поліції України з іншими суб'єктами забезпечення публічної безпеки в умовах антитерористичної операції. *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні*: збірник матеріалів доп. учасн. Міжнар. наук.-практ. конф. Одеса : ГО Причорноморська фундація права, 2017. С. 46–54.

of public confidence in the National Police and the factors affecting them”¹⁵. In our opinion, such a legal act should be a starting point, an example for the legislative regulation of other directions, by which it will be possible in the aggregate to impartially evaluate the effectiveness of the police in Ukraine in the following objects: “The level of satisfaction of the population’s need for police services; processes occurring in the National Police system and characteristics and results of its activities”¹⁶. The same legal act establishes two levels of assessing the level of public trust in the National Police: national and territorial, as well as the respective terms of holding the latter – at least once a year and, if necessary, respectively.

3. Evaluation of police work during the united forces operations

The specificity of the process of evaluating the work of the police, in terms of its effectiveness in the particular circumstances, in our case of the Joint Force Operation, influences both the direct organization of such evaluation by the relevant entities and the criteria by which it is conducted. This is influenced by the situation in the territory of the united forces operations: it has a negative impact on the ability of citizens to evaluate the work of one of the law enforcement agencies – the police, who make every effort to protect them, but because of their independent reasons cannot provide a total protection of citizens in this territory.

Thus, according to the United Nations, 10 090 people (including 2 777 civilians) have been killed and 23,966 injured since the start of the anti-terrorist operation to date (during the united forces operations)¹⁷. In addition, there have been frequent incidents of unreasonable detention and abduction of civilians, cases of ill-treatment, torture and sexual assault, coercion to forced labor, death (murder), robbery, extortion of money, destruction of property, kidnapping and humiliation.

In such extremely difficult conditions, police units must fulfill one of their main tasks – to ensure public safety (Paragraph 1 of Part 1 of Article 2 of the Law of Ukraine “On National Police”¹⁸, that is, a state of security

¹⁵ Порядок проведення оцінки рівня довіри населення до Національної поліції : Постанова КМУ від 07 лютого 2018 р. № 58. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/58-2018-п> (дата звернення: 21.01.2020).

¹⁶ Порядок проведення оцінки рівня довіри населення до Національної поліції : Постанова КМУ від 07 лютого 2018 р. № 58. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/58-2018-п> (дата звернення: 21.01.2020).

¹⁷ Чого варті права людини на терезах війни. *Урядовий кур’єр*. URL: <https://ukurier.gov.ua/uk/articles/chogo-varti-prava-lyudini-na-terezah-vijni> (дата звернення: 01.12.2019).

¹⁸ Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 22.01.2020).

characterized by a high level and reliability of “vital for the state, society and every individual person’s interests, rights, freedoms and citizens, which is a priority of the activity of each state body, local self-government body and their officials”¹⁹.

In this sense, we should agree with O. Panova, in whose opinion public safety “acts as an indicator of the atmosphere of peace of society, indicate the level of crime and efficiency of activity of state authorities and local self-government”²⁰.

Thus, there is a directly proportional link between public security and police efficiency – the higher the public security status, the higher the corresponding level of evaluation of National Police performance, including from the point of view of the public, first and foremost, the police carry out their tasks, in particular ensuring public safety and order.

At the same time, the united forces operations on the territory of Ukraine is directly reflected on the population of the state, since under such conditions the aggressor, seeking to destabilize the situation in the territory and in the whole country, in order to ignite an internal conflict that will only benefit him, will guarantee the achievement of its goals and save resources through the use of information, moral, psychological measures of influence or other means of manipulating the population or discrediting public authorities – in first of all, law enforcement agencies, in particular the National Police. All these factors inevitably influence the formation of the public’s views on the effectiveness of the police, and therefore must be taken into account when collecting primary information and processing it. However, even in the context of the united forces operations, the National Police show impressive results.

During assessing the effectiveness of the National Police’s public security activities during the united forces operations, the following provisions should be relied upon:

Firstly, public opinion and the level of public trust in police forces (given that objective realities are not reflected in the united forces operations) can be neither a single nor a priority criterion for evaluating the effectiveness of police forces.

¹⁹ Батраченко О.В. Поняття та ознаки публічної безпеки та порядку як об’єктів адміністративно-правової охорони. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2014. Вип. 29. Ч. 2. Т. 3. С. 84–86.

²⁰ Панова О.О. Поняття, зміст і значення публічної безпеки і порядку. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 6. Т. 2. С. 133–136.

Secondly, the effectiveness of the united forces operations should be comprehensive, meaning that in the course of such activities, the following indicators should be identified and evaluated: public opinion about the job satisfaction or dissatisfaction with the work of the police and its level of confidence; statistics showing the crime rate within the territory of the united forces operations and the crime rate; information reflecting the professional and moral ethics of police personnel; information on the use of logistical resources by police; conclusions about the rationality and feasibility of management decisions; data on the quality of internal organizational work of police bodies and units; self-esteem, that is, data on how police officers provide daily security in the area of the united forces operations, evaluate their work and that of their colleagues, whether they can perform their duties even better and under what conditions; what they see as the shortcomings of the police in the united forces operations – all of this will allow to evaluate the effectiveness of the police not only from the outside but also from the inside.

In addition, during assessing the effectiveness of police work in the context of the united forces operations, it is urgent to take into account quantitative indicators, ie indicators related to the number of: identified persons who by their actions affect the territorial integrity and inviolability of the state, including those conducting anti-Ukrainian activities; seized weapons, ammunition and other objects of the permit system when trying to move them through filter points (checkpoints, checkpoints of entry-exit); identified things that they have seized as a result of looting in the area of anti-terrorist operation, in particular when trying to export them from that area or transportation; proxies and agents who are part of the agency apparatus to provide police information in the context of an anti-terrorist operation, including their positive quantitative and qualitative dynamics; referrals of citizens residing in areas adjacent to the territory of an anti-terrorist operation to the police authorities (including appeals to the Unified Analytical Service Center (UASC)) and civilians who, jointly with the police, ensure public security and order in the said territories, as a willingness to cooperate police is one of the criteria for citizens' trust; "Re-educated persons", those who initially exhibited deviant behavior and anti-patriotic sentiment but abandoned their anti-social views as a result of preventive measures implemented by the police.

Thirdly, to objectively evaluate the effectiveness of providing the National Police with public security in the context of the united forces operations, it is advisable to implement plans for the activities of police agencies with

mandatory quantitative indicators, as well as to analyze information on the extent and completeness of such plans and implementation. strategies for the work of the police in the area of the united forces operations.

Fourthly, in this process, it is necessary to rely on empirical methods (observation, experiment, comparison, measurement, survey, description), when collecting the necessary data, and theoretical (analysis, synthesis, induction, deduction, etc.) – to obtain relevant conclusions on the effectiveness of the police.

Fifthly, there is a need to continue developing a regulatory framework governing the evaluation of police performance.

In view of the above, we believe that the process of evaluating police performance should take place at two levels: the first, which covered indicators of police performance throughout the state within the framework of the general tasks set before it, and the second, which would form an idea of police performance specific tasks in certain territories of the state, in particular during the conduct of an anti-terrorist operation or the establishment of other special legal regimes. This approach to determining the effectiveness of police operations requires appropriate regulation and the establishment of stable and specific criteria against which such assessment will be conducted.

At the first level, it is necessary to formulate a list of issues that should be covered in the process of carrying out the specified activity. The second level is a variational question, designed to take into account the specific activities of the services and units of the National Police in certain territories, including special legal regimes. In the latter case, questions should be formulated taking into account the political, economic and social conditions that influence the formation of the public's opinion about the work of the police, within certain territories.

According to the rules of Part 3 of Art. 11 of the Law of Ukraine “On National Police”²¹, p. 7 The procedure for assessing the level of public confidence in the National Police, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine from 07.02.2018 № 58, is within the competence of the police: determination of issues and terms by which the level of trust is conducted in accordance with the powers of the National Police, as well as an independent sociological service, which will carry out such an assessment and the degree of representativeness of social groups of the population²².

²¹ Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 22.01.2020).

²² Порядок проведення оцінки рівня довіри населення до Національної поліції : Постанова КМУ від 07 лютого 2018 р. № 58. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/58-2018-п> (дата звернення: 21.01.2020).

The police also receive aggregate analytical information on the results of the evaluation to further integrate them into their work and prepare an appropriate report based on an analysis of the information obtained, which “informs the results of the evaluation on the official websites of the Ministry of Internal Affairs, National Police and other acceptable means”²³.

In this context, we consider it necessary to attribute to the police authority the approval of lists of “permanent” and variational questions of the first and second categories, on the basis of which sociological researches will be conducted in order to determine the effectiveness of police work, especially in the context of anti-terrorist operation. In turn, the regulation of the criteria for evaluating the effectiveness of the police will make it impossible to falsify the results obtained at all levels, which will provide real data.

4. Foreign experience evaluation of police activity

Recently, the approach to assessing police work in developed countries has changed dramatically. This was facilitated by the spread of “public police” practices, which necessitated the assessment of the public’s attitude to the police, the extension of the concept of new public management, which emphasized borrowing from corporate bodies (including the police) of corporate governance practices.

In this regard, police assessment models have become more complex and multifaceted²⁴. It should be emphasized that there is no “ideal” model of assessment. Even in developed countries, there are ongoing discussions about the feasibility of certain approaches used to determine the effectiveness of law enforcement. In this regard, research of foreign experience in the field of police activity evaluation and identification of practices that are appropriate for use in police activity of Ukraine is of particular relevance.

As a result of the monitoring and evaluation of police work, international and domestic practices have identified a number of criteria for evaluating police performance. Consider the example of foreign countries: USA, UK, Canada, France, Scotland.

The United States of America lacks a unified police evaluation system. This is due to the peculiarities of the organization of the American police system. It is distinguished by an extremely high degree of decentralization, so there is no federal police force in the state (although there are a number

²³ Про Національну поліцію: Закон України від 02 липн. 2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 22.01.2020).

²⁴ Бугайчук К.Л., Святокум І.О., Чумак В.В. Закордонний досвід оцінки ефективності поліцейської діяльності та перспективи його використання в Україні : науково-методичні рекомендації. Харків : Харк. нац. ун-т. внутр. справ, 2016. 52 с.

of federal law enforcement agencies, such as the FBI). Each state has its own police authority, in addition, state-independent police and sheriff's departments operate locally and each uses its own evaluation system. The diversity of assessment systems is compounded by the fact that in the United States, there is an uneven distribution of powers between police agencies at different levels: in some states, state police perform only highway safety tasks, and in others, other police functions in territories not covered by the jurisdiction of municipal police. At the same time, most police functions in the United States are performed by local police departments that are formed, funded, and subordinate to local governments. As a rule, the activities of the police department are assessed within the department itself, although its results are submitted to local governments or specially created supervisory boards.

For example, in the USA, police evaluations focus on the following general indicators: the dynamics of crime, in particular its reduction; the number of arrested and detained; the number of crimes committed in relation to the recorded ones; the amount of time it takes the police to arrive on the call²⁵. The list of general indicators, in turn, has taken on a more extensive form and combined criteria that actually relate to the priorities of police activity: 1) main tasks of the unit, interaction with other law enforcement agencies; 2) organization of the unit, management and administration activities; 3) structure of personnel; 4) organization of direct work with personnel; 5) operational activities; 6) support; 7) road safety activities; 8) detention and escorting activities; 9) support and technical services²⁶.

In summary, it can be stated that in the USA considerable theoretical base and practical experience of evaluating police activity have been formed, but the system of evaluation of police activity as such is absent as of today. Despite the lack of systematic assessment of police at the national level, in the context of police reform in Ukraine, the United States' experience in developing and using law enforcement research methods is extremely interesting.

The police system of Canada, as in the USA, is complex. The state has a federal police force – the Royal Canadian Horse Police, and two provinces

²⁵ Sparrow M.K. Measuring Performance in a Modern Police Organization. *New Perspectives in Policing*. 2015. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/248476.pdf> (дата звернення: 25.12.2019).

²⁶ Осика І.М. Критерії оцінки ефективності діяльності правоохоронних органів: досвід США і Великобританії. *Національна громадська платформа «Реформуємо МВС: прозорість та відповідальність»*. URL: <http://police-reform.khpg.org/index.php?id=1433232742&w=критерії оцінки> (дата звернення: 04.12.2019).

(Ontario and Quebec) have separate police services; in addition, municipal police bodies have been set up in a number of cities. Accordingly, there are several police evaluation systems in the country, but, unlike in the United States, they are much more unified. The results of the work of the Federal Police Authority, the Canadian Royal Horse Police, are evaluated first and foremost in the context of the achievement of strategic goals, each of which is specified by the relevant budget programs. This practice is characteristic of other state authorities and is based on a methodology of a balanced scorecard.

Canadian provincial law provides the operation of police commissions, which are formed in cities to oversee the activities of municipal police. Police commissions in Canada have a slightly wider range of responsibilities and tasks than their American counterparts. This is also reflected in the fact that the evaluation of the activities of local police units is mainly carried out by police commissions. The valuation models used by them, as in the US, differ significantly. As a rule, larger police units use more sophisticated and informative assessment models. In particular, the areas where police work is most often evaluated is to reduce victimization, to ensure that offenders are held accountable, to reduce their fear of crime and to increase their sense of security, to ensure safety in public places, to effectively, equitably and lawfully use police influence, effective and appropriate. use of financial resources, etc²⁷. However, both police statistics and external sources can be used.

There is no single police service in the UK. Instead, the territories are served by 43 independent police services. In addition, Scotland and Northern Ireland have their own police forces. According to the 1996 Police Act, the principal body responsible for evaluating police work in England and Wales is the Police Inspectorate²⁸ (There is a separate Police Inspectorate in Scotland; this authority conducts an inspection upon request in Northern Ireland). This body is one of four law enforcement inspections (the other three are the Prosecutor's Office, the Probation Inspectorate, and the Prison Inspectorate).

In the UK, police performance is assessed in two dimensions: on the one hand, comparing police units in terms of compliance with state-

²⁷ Даниленко Ю.С. Оцінювання у державній службі: теорія і правове регулювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Національний ун-г «Одеська юридична академія». Одеса, 2017. 212 с.

²⁸ Панова О.О. Поняття, зміст і значення публічної безпеки і порядку. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 6. Т. 2. С. 133–136.

level performance standards, and on the other, the implementation by local units of specific planning documents adopted at the local level, taking into account the specific socio-economic development, criminogenic situation, etc. Such an approach seems quite feasible for implementation in Ukraine. On the one hand, it ensures the unification of the activities of the territorial bodies of the National Police, comparison of the results of their activities and compliance with certain national standards. On the other hand, it will provide Ukraine with a course on decentralization of public power and adaptation of police activities to specific local conditions.

Also, a generalized assessment of the police work units is carried out annually by a special method, according to which the established indicators are subject to evaluation: 1) effectiveness, which is determined by finding out the completeness of tasks assigned to a particular unit or police body (for example, in the following areas: “crime prevention, antisocial behavior and ensuring the safety of the population; crime investigation; protection of vulnerable categories of people and work with victims of crime; work on combating serious and organized crime”²⁹); 2) expediency, which demonstrates the rationality and effectiveness of the use of available resources, including financial resources, by the police; 3) legitimacy, by which the level of public trust in the police is determined, as well as communication with the public.

Thus, the UK police evaluation system combines: 1) a decentralized approach that takes into account the expectations and wishes of local communities; 2) a centralized approach that enables the state to effectively implement law enforcement policies; 3) the complexity of the assessment, allowing researchers to relate the police assessment system in England and Wales to best international practice in the field³⁰.

In addition, in cities of Scotland, in particular in Edinburgh, a measure has been put in place to measure the achievement of the goals set out in the future work plans of police units. Each plan outlines its own topical goals to be achieved for the period covered by the plan: reducing crime and public order, including aggravated circumstances (for example, committing them intoxicated); interaction with the administration of public events to ensure the safety of visitors; reducing the number of accidents with

²⁹ Святокум І.О. Досвід функціонування системи оцінки діяльності поліції Великобританії та перспективи його використання в Україні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Вип. 3. С. 186–189.

³⁰ Круглова А.Є. Адміністративно-правові засади оцінювання ефективності діяльності органів та установ виконання покарань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2016. 277 с.

serious and fatal consequences; combating drug offenses and encroachment on private property³¹. In contrast, the London police work plan contains quantitative benchmarks to be achieved by police: crime reduction – 20%; savings in financial security – 20%; increase of citizens' trust – about 70%; reduction of reoffending by teenagers – 20%³².

In contrast to the above countries, the French police system is highly centralized, which is reflected in its evaluation system. The police, like many other public authorities, is evaluated first and foremost to determine the extent to which the government is tasked with it (known as ministerial missions). Herewith, the French approach to police evaluation is primarily focused on the efficiency of its use of budgetary resources. Yes, the police performance report and project activity for the next year (as well as other state authorities) is added to the draft budget; these documents are justification for budgetary purposes.

Together with other bodies under the Ministry of Internal Affairs of France (above all, the gendarmerie), the French National Police work within the framework of the Ministerial Security Mission, and its actions are specified in the National Police Program. In particular, in the plan for the year, its main directions are to ensure: public order and sovereignty; security and public peace; road safety; combating illegal migration and security of international transport routes; accomplishing the tasks of the judicial police and facilitating the administration of justice; management, human and material resources³³.

Investigating the criteria of the police effectiveness of foreign countries A. Serdyuk made the following conclusions: firstly, the evaluation of the effectiveness of police activity in foreign countries is carried out, for the most part, on two parameters – quantitative and qualitative; secondly, the quantitative indicators differ depending on the particular activities of each country; thirdly, in most countries, police performance is measured by the achievement of the goals set out in the strategic plans for a defined period; fourthly, the mandatory component of the effectiveness of police activity is the use of budgetary funds and other proceeds for law enforcement

³¹ Scotland Annual Policing Plan 2014|2015. *Scotland. police. uk*. URL: <http://www.scotland.police.uk/assets/pdf/138327/150739/policescotlandannualpoliceplan2014-15?view=Standard> (дата звернення: 25.12.2019).

³² Police and Crime Plan 2017/2021. *London.gov.uk*. URL: <https://www.london.gov.uk/mo-rac-publications/police-and-crime-plan-2017-2021> (дата звернення: 25.12.2019).

³³ Охріменко І.М. Оцінка ефективності діяльності органів і підрозділів Національної поліції України: погляд на проблему. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 11. С. 139–144.

activities; fifthly, an important element of the evaluation of police activity abroad is the conduct of sociological surveys of the population on the evaluation of police work, improving public safety and a sense of protection of his rights and interests³⁴.

It should be noted that during the evaluation of police activity in foreign countries (experience of the USA, United Kingdom, France, Canada, Scotland), public opinion, becoming an important component and a kind of reference, does not play a decisive role, and the main place is proportional combination as quantitative, and quality indicators of police work.

Given the foreign experience of evaluating the activities of the Ukrainian police, it is possible not only for the police, but for external, independent services, both established by the state and local governments. After all, at the national level in Ukraine such services can be created either within the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, or organizationally subordinate to it. At the local level, the functions of assessing the activities of the units of the National Police may be performed by local governments or police commissions, whose activities are already provided for by the Law of Ukraine “On the National Police”.

CONCLUSIONS

The evaluation of the effectiveness of the National Police’s public security activities during the united forces operations should be based on the following provisions: firstly, public opinion and the level of public trust in the police are an objective criterion for evaluating the effectiveness of police units; secondly, the assessment of effectiveness in the context of the united forces operations must be comprehensive; thirdly, compulsory accounting of police performance; fourthly, implement plans for the activities of police units regarding the extent and completeness of their implementation in the area of the united forces operations; Fifthly, to rely on empirical and theoretical methods; sixthly, to continue developing a regulatory framework governing the evaluation of police effectiveness; seventhly, to evaluate the performance of police officers with the mandatory coverage of police performance indicators throughout the country and during the conduct of the united forces operations or other special legal regimes; eighthly, taking into account foreign experience of evaluating police activity

³⁴ Сердюк А.М. Щодо критеріїв ефективності діяльності поліції закордонних країн. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2015. Вип. 3-2. Т. 2. С. 155–159.

not only by police bodies but also by external, independent services, both established by the state and local self-government bodies.

SUMMARY

The article is devoted to the study of performance evaluation of the National Police of Ukraine in providing public security in the context of the operation of the United Forces. Theoretical approaches to determining the category of “efficiency” and “efficiency of public administration” are investigated. The indicators (components) of the performance evaluation of the units of the National Police of Ukraine are analyzed. Research methods – empirical, such as observation, experiment, comparison, measurement, questioning, description and theoretical – analysis, synthesis, induction, deduction are considered. It is determined that in extremely difficult conditions, police units must provide public security, in accordance with the Law of Ukraine “On National Police”, as one of their main tasks. It has been shown that there is a direct correlation between public safety and police efficiency. It is suggested to carry out the process of evaluating the effectiveness of police work by covering indicators of police effectiveness throughout the country and when performing specific tasks for the police. Overseas police experience in countries such as the United States of America, United Kingdom, France, Canada, Scotland has been analyzed, and it has been established that evaluating policing is done by combining qualitative indicators of police work.

REFERENCES

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 22.01.2020).
2. Порядок проведення оцінки рівня довіри населення до Національної поліції : Постанова КМУ від 07 лютого 2018 р. № 58. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/58-2018-п> (дата звернення: 21.01.2020).
3. Аброськін В.В. Особливості організації служби на блокпостах у зоні антитерористичної операції. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 5. С. 125–129.
4. Адміністративна діяльність Національної поліції : навчальний посібник / Т.П. Мінка та ін. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. 248 с.
5. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина : навчальний посібник / В.В. Серета та ін. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2015. 511 с.

6. Батраченко О.В. Поняття та ознаки публічної безпеки та порядку як об'єктів адміністративно-правової охорони. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2014. Вип. 29. Ч. 2. Т. 3. С. 84–86.

7. Бугайчук К.Л., Святокум І.О., Чумак В.В. Закордонний досвід оцінки ефективності поліцейської діяльності та перспективи його використання в Україні : науково-методичні рекомендації. Харків : Харк. нац. ун-т. внутр. справ, 2016. 52 с.

8. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2009. 1736 с.

9. Даниленко Ю.С. Оцінювання у державній службі: теорія і правове регулювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Національний ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2017. 212 с.

10. Круглова А.Є. Адміністративно-правові засади оцінювання ефективності діяльності органів та установ виконання покарань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2016. 277 с.

11. Маліков В.В. Адміністративно-правові форми забезпечення громадського порядку. *Серія Право*. 2014. Вип. 28. Т. 2. С. 144–147.

12. Мартиненко О., Захаров Є. Стратегія розвитку органів внутрішніх справ. *Закон і Бізнес*. URL: http://zib.com.ua/ua/print/101834-strategiya_rozvitku_organiv_vnutrishnih_sprav_tekst_proektu.html (дата звернення: 01.12.2019).

13. Осика І.М. Критерії оцінки ефективності діяльності правоохоронних органів: досвід США і Великобританії. *Національна громадська платформа «Реформуємо МВС: прозорість та відповідальність»*. URL: http://police-reform.khpg.org/index.php?id=1433232742&w=критерії_оцінки (дата звернення: 04.12.2019).

14. Основи методології та організації наукових досліджень : навчальний посібник / за ред. А.Є. Конверського. Київ : Центр навч. літ., 2010. 352 с.

15. Охріменко І.М. Оцінка ефективності діяльності органів і підрозділів Національної поліції України: погляд на проблему. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 11. С. 139–144.

16. Панова О.О. Поняття, зміст і значення публічної безпеки і порядку. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 6. Т. 2. С. 133–136.

17. Пчелін В.Б. Сутність інформаційного забезпечення адміністративного судочинства України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 3. Т. 2. С. 22–25.

18. Рассоха І.М. Методологія та організація наукових досліджень : конспект лекцій. Харків : Харків. нац. акад. міськ. госп-ва, 2011. 76 с.

19. Святокум І.О. Досвід функціонування системи оцінки діяльності поліції Великобританії та перспективи його використання в Україні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Вип. 3. С. 186–189.
20. Сердюк А.М. Щодо критеріїв ефективності діяльності поліції закордонних країн. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2015. Вип. 3-2. Т. 2. С. 155–159.
21. Ткачова О.К. Ефективність державного управління: поняття та підходи до оцінювання. *Вісник Національної академії державного управління при Президенті України*. 2013. № 2. С. 30–37. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadu_2013_2_6 (дата звернення: 26.12.2019)
22. Чого варті права людини на терезах війни . *Урядовий кур'єр*. URL: <https://ukurier.gov.ua/uk/articles/chogo-varti-prava-lyudini-na-terezah-vijni> (дата звернення: 01.12.2019).
23. Police and Crime Plan 2017/2021. *London.gov.uk*. URL: <https://www.london.gov.uk/mopac-publications/police-and-crime-plan-2017-2021> (дата звернення: 25.05.2018).
24. Scotland Annual Policing Plan 2014|2015. *Scotland.police.uk*. URL: <http://www.scotland.police.uk/assets/pdf/138327/150739/policescotlandannua/policeplan2014-15?view=Standard> (дата звернення: 25.05.2018).
25. Sparrow M. K. Measuring Performance in a Modern Police Organization. *New Perspectives in Policing*. 2015. URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/248476.pdf> (дата звернення: 25.12.2019).

Information about the author:

Abroskin V. V.,
Doctor of Law,
Rector
Odesa State University of Internal Affairs
1, Uspenska street, Odessa, Ukraine

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРАХУВАННЯ В ТУРИЗМІ

Андрусів У. Б.

ВСТУП

Натепер туризм – це галузь, яка не лише швидко розвивається, а й впливає на рівень розвитку суміжних галузей, однією з яких є страхування. Страхування є найважливішим елементом економічних відносин та ефективним способом відшкодування витрат.

Страхування й туризм належать до сфери послуг і мають неабиякий вплив на розвиток економіки практично кожної розвинутої країни. За даними Всесвітньої туристичної організації ООН (UNWTO), на міжнародний туризм припадає 29% глобального експорту послуг. У 2018 році туристи загалом витратили 1,7 трильйона доларів США¹.

Зростання динаміки туристичних потоків вимагає посилення вимог до якості туристичних послуг і розвитку страхового ринку в цій сфері.

Туристична індустрія здійснює свою діяльність в умовах ризику. Захист інтересів туристів може забезпечуватися за допомогою різних інструментів, серед яких страхування посідає особливе місце. Страхування є способом зниження ризиків, що виникають у сфері туризму, зокрема для його суб'єктів – туристичних організацій і туристів.

Поряд із тим, що існують загальні ризики, притаманні більшості господарюючих суб'єктів, у сфері туризму є специфічні ризики, характерні саме для цього виду діяльності.

До того ж під час взаємодії великої кількості незалежних один від одного ділових партнерів (закордонні туроператори, консульські служби, адміністрації готелів, заклади харчування, транспортні компанії тощо) ймовірність настання страхових випадків зростає.

Вивчення цієї проблеми також важливе з позиції етики туризму. У нашій країні найбільше розвинений виїзний туризм, а отже, під час здійснення туристичних операцій, зачіпаються інтереси не однієї держави.

Функціонування сфери страхових туристичних послуг неможливе без належного правового регулювання. Однак доводиться констатувати, що на законодавчому рівні відносини страхування в туристичній сфері не знайшли належного закріплення. Закон України «Про

¹ За год туристи во всем мире потратили \$1,7 трлн. URL: <https://kapital.kz/world/78830/za-god-turisty-vo-vsem-mire-potratali-1-7-trln.html>.

туризм» містить декілька статей, які регламентують особливості страхування туристів під час здійснення туристичних поїздок. Натомість Закон України «Про страхування» лише визначає загальні засади відносин страхування. Зазначене є свідченням неналежного рівня правової регламентації страхових туристичних правовідносин.

Крім того, у сучасній науковій літературі практично відсутні дослідження, присвячені страхуванню в туристичній сфері як окремому напрямку діяльності страховиків, у тому числі питанням співпраці страхових і туристичних організацій. Поодинокі наукові публікації не здатні вирішити теоретико-прикладну проблему правового регулювання страхування в туризмі.

З огляду на зазначене, звернення до обраної тематики дослідження вважаємо своєчасним і нагальним.

1. Поняття й особливості страхування в туризмі

Відправляючись у туристичну подорож, турист може зіштовхнутися з низкою проблем, що можуть спричинити негативні наслідки для його життя, здоров'я та майна. Він може стати жертвою катастрофи або пограбування, раптово захворіти, унаслідок зміни погоди та інших обставин. У цих і в безлічі інших випадків виникне необхідність наперед убезпечити себе від несприятливих наслідків або звести їх до мінімуму, що стає можливим завдяки правовому інституту страхування.

Страхування є основною формою гарантування споживачам туристичних послуг безпеки в країні (місці) тимчасового перебування.

З метою захисту прав та інтересів туристів законодавець визначив систему нормативних гарантій туристичного страхування. Так, приписами ст. 9 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» регламентовано, що з метою створення умов, які гарантують відшкодування громадянину України витрат, пов'язаних із надзвичайними обставинами під час його перебування за кордоном, він має бути застрахованим².

Деталізуючи це законодавче положення, Закон України «Про туризм» передбачає обов'язкове страхування туристів (медичне та від нещасного випадку), яке забезпечується суб'єктами туристичної діяльності на основі угод зі страховиками³. Варто відзначити, що туристи

² Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України : Закон України від 21.01.1994 № 3857-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 18. Ст. 101.

³ Про туризм : Закон України від 15.09.1995 № 325/95. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.

підлягають страхуванню незалежно від того, подорожуватимуть вони в Україні чи закордоном.

Водночас у Законі України «Про страхування» особисте страхування туристів (медичне та від нещасного випадку) не зараховано до обов'язкових видів страхування. Натомість ст. 7 зазначеного нормативного акта передбачає такий вид обов'язкового страхування, як страхування відповідальності суб'єктів туристичної діяльності за шкоду, заподіяну життю чи здоров'ю туриста або його майну.

Діяльність на страховому ринку визначається Законом України «Про страхування», який регулює відносини у сфері страхування та спрямований на створення ринку страхових послуг, посилення страхового захисту майнових інтересів підприємств, установ, організацій і фізичних осіб⁴. Однак цей Закон визначає лише загальні засади здійснення страхування, а отже, не може враховувати всієї специфіки туристичного страхування. Усупереч вимогам ст. 7 Закону України «Про страхування» Кабінет Міністрів України не визначив окремого порядку для обов'язкових видів страхування у сфері туризму.

Ліцензійні умови провадження туроператорської діяльності теж не вирішують питання забезпечення страхового захисту туристів і суб'єктів туристичної діяльності.

Добровільні види страхування взагалі залишилися поза правовим полем і перебувають у зоні відповідальності туриста.

Зазначене є свідченням того, що механізм правового регулювання страхових відносин у туристичній сфері недостатньо налагоджений, що, своєю чергою, гальмує розвиток різних видів страхування в туризмі й не сприяє захисту прав споживачів туристичних послуг.

Страхування є способом зниження ризиків, що виникають під час здійснення туристичної діяльності, зокрема таких його суб'єктів, як туроператори й туристи.

Щоб з'ясувати особливості здійснення страхування у сфері туризму, передусім розкриємо правову сутність цієї категорії.

Юридична спільнота по-різному підходить до визначення терміна «страхування в туризмі».

О.П. Толкачова та К.А. Джобинашвілі вважають, що страхування в туризмі являє собою відносини між страховиками (туристичними організаціями, туристами) і страхувальниками (страховими компаніями) щодо захисту майнових інтересів туристів

⁴ Про страхування : Закон України від 07.03.1996 № 86/96. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

у разі настання визначених договором подій під час туристичної поїздки⁵. Аналогічне розуміння цього терміну виклала в праці О.Н. Сусякова⁶.

Б.І. Вихристенко, Н.А. Опанасюк трактують розглядувану правову категорію як систему правовідносин між туристами, суб'єктами туристичної діяльності і страховими компаніями щодо захисту життя туристів, їхнього здоров'я та майнових інтересів у разі настання певних подій (страхових випадків), що здійснюється в межах чинного законодавства України⁷.

Дозволимо собі не погодитися із запропонованими дефініціями, оскільки науковці трактують страхування у сфері туризму лише з боку необхідності захисту майнових та особистих інтересів туристів, а страхового захисту потребують також і суб'єкти туристичної діяльності. З огляду на це, нам імпує позиція Н.А. Аблятипової, яка стверджує, що страхування у сфері туристичної діяльності – це особливий вид страхування, який спрямований на страховий захист суб'єктів, що здійснюють туристичну діяльність, а також на захист майнових прав та інтересів громадян під час подорожі⁸.

Отже, страхування в туризмі необхідно розглядати як систему правовідносин, які складаються між страховою компанією та страхувальниками (туроператором або туристом), щодо забезпечення захисту особистих і майнових інтересів туристів під час туристичної подорожі та майнових інтересів туроператорів під час здійснення туристичної діяльності в разі настання страхових подій, визначених договором або законом.

Цивільно-правове регулювання відносин зі страхування в туристичній сфері покликано забезпечувати захист прав і законних інтересів страхувальника, вигодонабувача або застрахованої особи. Тому основною метою туристичного страхування, як слушно відзначається в літературі, є забезпечення громадян гарантією отримання страхових виплат у разі настання страхового випадку за

⁵ Толкачева О.П., Джобинашвили К.А. Особенности страхования в отрасли туризма. *Вестник Санкт-Петербургского университета*. 2014. № 3. 156 с.

⁶ Мельник Д.В., Мальцева Г.И., Сусякова О.Н. Особенности туристического страхования в России. *Инновационная экономика: перспективы развития и совершенствования*. 2018. № 8 (34). 247 с.

⁷ Вихристенко Б., Опанасюк Н. Правові засади страхування в туризмі. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 4. 11 с.

⁸ Аблятипова Н.А., Папуш В.А. Некоторые проблемы страхования гражданско-правовой ответственности в туристской деятельности. *Colloquium-journal*. 2019. № 7 (31). 105 с.

рахунок накопичених коштів і фінансування медичних профілактичних заходів⁹. Його відмінними рисами є короткочасність, високий рівень невизначеності настання страхової події та обсягу втрат. Крім того, до ознак туристичного страхування науковці зараховують таку особливість, як ризик невизначеності шкоди, яка може бути заподіяна в разі настання страхового випадку¹⁰.

Страхування в досліджуваній сфері відносин виконує такі основні функції: ризикову, превентивну та контрольну. Головну роль фахівці відводять ризиковій функції¹¹.

Різноманіття страхових відносин у сфері туризму зумовлює необхідність їх класифікації:

- за територією страхового покриття: страхування внутрішнього та міжнародного туризму;

- за строком дії страхових полісів (сертифікатів): короткострокові (чітко вказується період подорожі, тобто дата початку й закінчення) та довгострокові (договір страхування діє протягом одного року, кількість поїздок не обмежується, лімітується лише строк однієї поїздки¹²);

- за суб'єктом складом: страхування суб'єктів туристичної діяльності, які надають туристичні послуги, тобто турагентів і туроператорів (туроператори формують, просувають і надають туристичні послуги, а турагенти здійснюють посередницьку діяльність із надання туристичних послуг); страхування туристів, тобто споживачів туристичних послуг;

- за об'єктом страхування: особисте (медичне, від нещасного випадку); майнове; страхування відповідальності; страхування підприємницького ризику; витрат, пов'язаних із відмовою від поїздки; на випадок затримки або скасування рейсу тощо.

Об'єктами страхових туристичних правовідносин є майнові інтереси туроператора (турагента), туриста або вигодонабувача та їх захист у разі настання випадкових несприятливих подій, що тягне за собою матеріальні втрати.

⁹ Вороніна Н. Цивільно-правове регулювання страхування у туристичній діяльності. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2017. № 5. 91 с.

¹⁰ Адамова Р.А. Особенности страхования в туризме. *УЭПС: управление, экономика, политика, социология*. 2019. № 2. 71 с. doi:10.24411/2412-2025-2019-00024.

¹¹ Семенова М.В. Господарсько-правове регулювання туристичної діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Харків, 2017. 10 с.

¹² Толкачева О.П., Джобинашвили К.А. Особенности страхования в отрасли туризма. *Вестник Санкт-Петербургского университета*. 2014. № 3. 157 с.

Суб'єктами туристичного страхування є туроператори й туристи. Оскільки, з одного боку, страхування – це захід безпеки туроператора від виникнення страхових підприємницьких ризиків, а з іншого – захист туриста від настання страхового випадку, страхування туристичної діяльності є необхідною обом суб'єктам.

Страхування здійснюється на підставі відповідних правил, розроблених страховою компанією й зареєстрованих Нацкомфінпослуг. Законодавець покладає зобов'язання ознайомити туриста з правилами страхування на страхову організацію або туроператора, якщо страхування забезпечується останнім на підставі правочинів зі страховиком.

Обсяг прав та обов'язків страхових компаній та учасників страхових туристичних правовідносин визначається договором страхування, що зумовлює зобов'язальний характер туристичних страхових правовідносин.

Договір страхування є головним регулятором відносин між туристом/туроператором і страховою організацією. Закон України «Про страхування» визначає загальні вимоги до договору страхування, а отже, його приписи застосовуються й до договору страхування в туристичній сфері.

Страхування туристів забезпечується суб'єктами туристичної діяльності на основі правочинів зі страховиками, під яким варто розуміти домовленість між туроператором (страхувальником) і страховиком, відповідно до якої страховик бере на себе зобов'язання надати застрахованій особі – туристу – необхідну невідкладну допомогу й відшкодувати збитки, завдані внаслідок настання страхового випадку під час дії страхового полісу, а страхувальник зобов'язується своєчасно сплачувати страхові внески та виконувати інші умови договору.

Аналіз структури відносин страхування у сфері здійснення туристичної діяльності свідчить про існування двох груп правовідносин: конструкція правовідносин передбачає участь туроператора як страхового агента, який здійснює посередницьку діяльність у сфері страхування туристів; відносини страхування, у яких туроператор заздалегідь придбаває страхові послуги й потім включає їх вартість у ціну туристичної послуги.

У першому випадку туроператор укладає зі страховою компанією агентський договір на страхування туристів. Мова йде про так званий посередницький договір туристичного страхування.

Після його укладення туроператор від імені та за рахунок страхової компанії підписує договори страхування із замовниками туристич-

них послуг. Укладаючи посередницький договір і діючи від імені страхової організації, туроператор фактично виступає як страховий агент. За цих обставин турист набуває статусу застрахованої особи. Від страховика туроператор отримує страховий поліс (сертифікат), який заповнюється та надається туристу разом із договором про надання туристичних послуг.

У другому випадку туроператор укладає договір страхування на користь третьої особи – туриста.

На підставі цього договору страховиком є страхова компанія, а страхувальником – туроператор. Туроператор передає страховику списки туристів, які повинні бути застраховані, й отримує від нього бланки страхових полісів (сертифікатів). Туроператор (турагент) повинен вести облік виданих туристам страхових полісів. У цьому випадку розрахунки здійснюються так: турфірма перераховує страховій компанії страхову премію за рахунок своїх коштів, а туристам надається туристична послуга, до ціни якої включена вартість страхових послуг. У разі настання страхового випадку турист звертається безпосередньо в страхову організацію за компенсацією витрат.

Крім того, відповідно до приписів ст. 16 Закону України «Про туризм», туристи вправі самостійно укладати договори на таке страхування. У цьому разі вони зобов'язані завчасно підтвердити туроператору чи турагенту наявність належним чином укладеного договору страхування¹³. Копія договору зберігається туроператором разом із договором про надання туристичних послуг.

Такий договір туристичного страхування необхідно визначати як домовленість між туристом (страхувальником) і страховиком, відповідно до якої страховик бере на себе зобов'язання відшкодувати страхувальнику втрати, яких він зазнав у зв'язку з настанням певних подій (страхових випадків), обумовлених договором, а турист зобов'язується сплатити страхові платежі та дотримуватися інших умов договору.

Оформлення туристом страхового полісу (сертифікату) безпосередньо в страховика дає можливість забезпечити максимальний захист залежно від мети туристичної подорожі. Це пов'язано з диверсифікацією пропозицій страхових компаній, які здійснюють туристичне страхування.

Також уважаємо за необхідне визначити момент набрання договору туристичного страхування чинності. Приписами ст. 18 Закону України

¹³ Про страхування : Закон України від 07.03.1996 № 86/96. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

«Про страхування» регламентовано, що договір страхування набирає чинності з моменту внесення першого страхового платежу, якщо інше не передбачено договором страхування. Це правило застосовне до випадків, коли турист самостійно укладає договір зі страховою компанією. Однак на законодавчому рівні не врегульований момент виникнення страхових відносин для туриста, який має статус застрахованої особи за договором страхування, укладеного між туроператором і страховиком.

Як свідчать матеріали судової практики, така законодавча невідзначеність призводить до порушення прав туристів. Так, у справі № 757/35886/18-ц за позовом ОСОБА_1 до ТОВ «Тревел Профешнл Груп», треті особи: фізична особа-підприємець «ОСОБА_2», ПрАТ «Європейське туристичне страхування» про відшкодування збитків, страхова компанія відмовила у виплаті страхового відшкодування. Позивачка на обґрунтування своїх позовних вимог покликала на те, що 16.04.2018 нею сплачена повна вартість туристичного продукту, який включав й обов'язок туроператора щодо страхування ризиків. Страховий поліс оформлений туроператором 24.04.2018.

23.04.2018 стався страховий випадок, а саме: смерть члена родини. Позивачка звернулася до страхової компанії, але остання відмовила у виплаті страхового відшкодування, оскільки подія, яка стала підставою для скасування подорожі, мала місце 23.04.2018, а договір страхування укладено 24.04.2018, тобто подія настала до укладення договору страхування¹⁴.

З наведеного вбачається, що несвоєчасне виконання туроператором свого обов'язку щодо оформлення полісу стало підставою для твердження про визнання договору страхування неукладеним. На наше переконання, у разі виконання туристом своїх зобов'язань щодо оплати туристичних послуг, до яких включається й вартість страхового полісу, моментом виникнення страхових відносин для застрахованого туриста варто вважати момент сплати ціни договору про надання туристичних послуг, а не фактичне оформлення страхового свідоцтва.

Зосередимо увагу на такому переддоговірному зобов'язанні туроператора (турагента) як інформування споживачів про умови надання туристичних послуг.

З приписів ст.ст. 16, 19¹ Закону України «Про туризм» випливає, що до укладання договору про надання туристичних послуг туроператор

¹⁴ Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 30.10.2019 у справі № 757/35886/18-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85701995>.

(турагент), який є посередником між страховою компанією та споживачем туристичної послуги, зобов'язаний довести до відома туриста достовірну й необхідну інформацію про умови страхування. Зокрема, така інформація повинна містити відомості про порядок забезпечення туроператором обов'язкового та/або добровільного страхування, розмір, порядок виплати страхового відшкодування, а також можливість та умови добровільного страхування витрат, пов'язаних із розірванням договору на туристичне обслуговування за ініціативою туриста, страхування майна¹⁵.

Аналіз наведених норм дає підстави для висновку, що законодавець суттєво обмежив обсяг інформації про види туристичного страхування, які може надавати страхова організація. І тому турист залишається непоінформованим про наявність інших ризиків, пов'язаних із наданням туристичних послуг, і можливість їх страхування.

Крім того, доводиться констатувати, що на практиці туроператори ігнорують свої зобов'язання щодо інформування туристів, самостійно обираючи для них мінімальний пакет послуг по страхуванню. Така поведінка суб'єктів туристичної діяльності є можливою, оскільки на законодавчому рівні не визначено, у якій формі має здійснюватися інформування туристів про умови страхування.

З метою усунення недоліків законодавчої регламентації досліджуваної сфери відносин вважаємо за доцільне внести відповідні корективи до вищезгаданих законодавчих положень. Частина 3 ст. 16 Закону України «Про туризм» викласти в новій редакції: «Інформація про умови обов'язкового/добровільного страхування й усі пов'язані із цим ризики має бути доведена до відома туриста під розписку до укладення договору про надання туристичних послуг». Пункт 9 ч. 3 ст. 19¹ закріпити в Законі України «Про туризм» у такій редакції: «про порядок забезпечення туроператором обов'язкового страхування, розмір, порядок виплати страхового відшкодування, а також можливість та умови добровільного страхування витрат, пов'язаних із розірванням договору про надання туристичних послуг з ініціативи туриста, страхування майна та будь-яких інших ймовірних ризиків, які можуть виникнути під час туристичної подорожі».

Зазначені нововведення не лише підвищать рівень поінформованості туристів про всі види страхування, які можуть бути запропоновані в різних комбінаціях у кожному конкретному випадку й сприятимуть забезпеченню більш високого рівня безпеки туристів.

¹⁵ Про туризм : Закон України від 15.09.1995 № 325/95. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.

Взаємовідносини між страховиком і страхувальником мають дворівневу структуру: загальні умови страхування містяться в правилах страхування; конкретні його умови визначаються в договорі страхування відповідно до законодавства.

Варто відзначити, що Закон України «Про страхування» не містить переліку істотних умов договору страхування, у ст. 16 лише визначені відомості, які мають міститися в ньому. Перелік умов, без яких договір страхування не може вважатися укладеним, визначений у ст. 982 Цивільного кодексу України.

Узагальнивши зазначені нормативні положення та адаптувавши їх до туристичних правовідносин, вважаємо, що договір страхування туристів повинен включати такі умови: предмет договору (об'єкт страхування); характер події, на випадок настання якої здійснюється страхування (страхові ризики і страхові випадки); розмір страхової суми; розмір страхового платежу, строк і порядок його внесення; строк і порядок повідомлення туристом страховика про настання страхового випадку; строк і порядок пред'явлення туристом вимоги про виплату страхової виплати (страхового відшкодування), а також перелік документів, які необхідно долучити для заяви; порядок і строк здійснення страхової виплати (страхового відшкодування); підстави для відмови в страховій виплаті (виплаті страхового відшкодування); строк дії договору; порядок набрання договором чинності; права й обов'язки сторін; відповідальність сторін; інші умови, визначені актами цивільного законодавства.

Крім того, у договорі обов'язкового страхування (медичного та від нещасних випадків) додатково необхідно передбачати порядок надання медичної допомоги туристам і відшкодування їхніх витрат у разі настання страхового випадку безпосередньо в країні (місці) тимчасового перебування або повернення тіла (останків).

Детальніше зупинимось на таких положеннях договору, як умови про страховий випадок (страхові ризики) й умови про страховий платіж.

Учасники туристичних відносин піддаються таким різноманітним ризикам, як захворювання, травми; утрата (викрадення) документів, багажу, коштів; неповна або недостовірна інформація про туристичні послуги, надана туристу; помилки, допущені туроператором під час укладення договору; неплатоспроможність туроператора, його контрагентів; коливання курсу валют тощо. Страховий ризик є передумовою виникнення страхових туристичних правовідносин, а перераховані події становлять обсяг страхової відповідальності.

Під страховим ризиком розуміють певну подію, на випадок настання якої проводиться страхування¹⁶. Основними ознаками такої події є ймовірність і випадковість її настання, а також те, що вона не залежить від волі туриста.

Страховий ризик реалізується в страховому випадку.

Під час оформлення страхового полісу туристу необхідно звернути увагу на те, які випадки належать до страхових.

Страховим випадком вважається передбачена полісом (сертифікатом) або законом подія, що відбулася під час дії договору страхування та з настанням якої страховик зобов'язується надати допомогу і сплатити туристу (вигодонабувачу) страхову виплату (страхове відшкодування). У разі настання страхового випадку турист пред'являє договір страхування (поліс, сертифікат) або повідомляє його реквізити.

Страхова виплата не може перевищувати визначеної в договорі страхової суми, виходячи з якої встановлюється розмір страхового платежу.

Згідно зі ст. 10 Закону України «Про страхування», під страховим платежем необхідно розуміти плату за страхування, яку страхувальник (турист) зобов'язаний унести страховику відповідно до договору страхування¹⁷.

Розмір страхового платежу по страхуванню туристів залежить від обраної програми страхування, обсягу надаваних послуг, країни тимчасового перебування, тривалості поїздки, розміру страхової суми (страхового покриття), застосовуваних лімітів відповідальності та франшиз, віку туриста, додаткових ризиків.

Дедалі частіше страховики, обмежуючи свою відповідальність, включають у поліси франшизу, тобто в разі настання страхового випадку на туриста покладається тягар сплати частини медичних витрат. З огляду на це, турист, знаючи про наявність франшизи, буде відкладати час звернення за медичною допомогою до появи серйозних загроз його здоров'ю, оскільки до останнього буде сумніватися, за чий рахунок оплачуватиметься звернення до лікаря.

Закон України «Про страхування» не визначає ймовірну сферу застосування франшизи, обмежившись лише визначенням цього терміна. На наше переконання, встановлення франшизи під час

¹⁶ Гунин Е.М. Правовые и практические аспекты признания страхового случая и выплаты страхового возмещения в страховании ответственности туроператора. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2016. № 4. 18 с.

¹⁷ Про страхування : Закон України від 07.03.1996 № 86/96. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

укладення договору обов'язкового страхування туристів (медичного та від нещасних випадків) є недопустимим, оскільки порушує права останніх як споживачів туристичних послуг, які, відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів», перебувають під особливим захистом держави. Тому імперативною нормою необхідно зборонити встановлення франшизи під час здійснення медичного страхування туристів.

Договір страхування, у тому числі й у сфері туризму, укладається в письмовій формі. Недотримання письмової форми тягне за собою визнання його недійсним¹⁸.

Страхування туристів переважно здійснюється шляхом оформлення страхового поліса (сертифіката), який охоплює різноманітні ризики, які можуть виникнути під час туристичної подорожі. Зазвичай туроператори включають страховий поліс у вартість туру. Видача такого документа підтверджує факт укладення договору туристичного страхування. Варто відзначити, що поліс діє виключно в регіоні (країні), зазначеному в страховому полісі.

Нині тенденцією на ринку страхових туристичних послуг є оформлення електронного страхового полісу в режимі он-лайн. СК «Укрфінстрах», яка спеціалізується на туристичному страхуванні, узагалі оформлює такі поліси на спеціальних бланках із зазначенням ідентифікуючих номерів, до яких мають доступ закордонні асистанські компанії¹⁹.

Резюмуючи, варто відзначити, що, незважаючи на деякі позитивні тенденції розвитку ринку страхових туристичних послуг, сучасні реалії свідчать про нагальну необхідність удосконалення механізму правового регулювання страхових відносин у сфері туризму. Закон України «Про туризм» доволі поверхово регламентує ці відносини та не спроможний забезпечити ефективний захист інтересів споживачів туристичних послуг і суб'єктів туристичної діяльності.

Тому видається доцільним прийняття окремого нормативно-правового акту, що регулюватиме відносини страхування в туристичній діяльності, зокрема Порядку та правил туристичного страхування. У цьому нормативному документі необхідно передбачити положення про обов'язкове страхування туристів, яке здійснюється як на підставі безпосередньо укладених договорів зі страховими організаціями, так

¹⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

¹⁹ Туристическое страхование в Украине может быть рентабельным и прибыльным. URL: <https://forinsurer.com/public/18/05/24/4815>.

і через туроператорів; найбільш розповсюджені різновиди добровільного страхування, які необхідні для здійснення туристичної подорожі, і пов'язані з ними ризики; страхування підприємницьких ризиків туроператорів. Прийняття цих правил кореспондуватиметься з приписами ч. 2 ст. 7 Закону України «Про страхування», відповідно до якої для здійснення обов'язкового страхування Кабінет Міністрів України, якщо інше не визначено законом, встановлює порядок і правила його проведення, форми типового договору, особливі умови ліцензування обов'язкового страхування, розміри страхових сум²⁰.

2. Форми та види страхування в туризмі

Практика роботи туристичних компаній дає змогу констатувати, що страхування туристів набуло останніми роками неабиякого поширення. Страховий ринок пропонує споживачу туристичного продукту широкий вибір страхових туристичних послуг. Комплексне їх застосування надає змогу як туристам, так і туристичним компаніям убезпечити себе від настання несприятливих подій і їх наслідків, а також уникнути додаткових фінансових витрат. Тому увага в цьому параграфі зосереджена на теоретичних аспектах основних видів і форм страхування в туристичному бізнесі.

Статтею 5 Закону України «Про страхування» визначено дві форми страхування: обов'язкове та добровільне.

Обов'язкове страхування виникає в силу імперативної вказівки закону й не залежить від волевиявлення учасників страхових правовідносин.

Згідно з п. 31 ст. 7 Закону України «Про страхування», до обов'язкових видів страхування зараховано страхування відповідальності суб'єктів туристичної діяльності за шкоду, заподіяну життю чи здоров'ю туриста або його майну.

Водночас Закон України «Про туризм» передбачає обов'язкове страхування туристів (медичне та від нещасного випадку). Варто відзначити, що ст. 7 Закону України «Про страхування» визначає вичерпний перелік обов'язкових видів страхування й не містить відсильних положень до спеціальних законів. Тому задля уніфікації приписів зазначених нормативних актів уважаємо за необхідне доповнити ч. 1 ст. 7 Закону України «Про страхування» пунктом 31¹ такого змісту: «страхування туристів (медичне та від нещасного випадку)».

²⁰ Про страхування : Закон України від 07.03.1996 № 86/96. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

Характерною особливістю обов'язкового страхування є те, що воно здійснюється один раз на весь період туристичної подорожі.

Добровільне страхування здійснюється на основі договору, який укладається між страхувальником і комерційною організацією. Кожна компанія пропонує свій перелік послуг, які включені в страховий поліс.

За вимогою туриста туроператор повинен забезпечити страхування будь-яких ризиків, пов'язаних із забезпеченням подорожі, наприклад, на покриття витрат, пов'язаних з анулюванням договору на туристичне обслуговування з ініціативи туриста²¹.

Нині страхова галузь у сфері туризму налічує понад десяток видів страхових послуг. Турист, відвідуючи іншу місцевість або країну, перебуває під впливом різноманітних ризиків.

До базових видів туристичного страхування належить медичне страхування (від раптового захворювання, смерті, загибелі, заподіяння тілесних ушкоджень у разі настання нещасного випадку під час подорожі); страхування майна туристів; страхування цивільної відповідальності за шкоду, завдану третім особам.

Крім традиційних видів страхування, на ринку туристичних послуг набувають поширення такі види, як страхування відповідальності за заподіяння збитку майну готелів, ресторанів тощо; страхування витрат, пов'язаних із відмовою туриста від подорожі або передчасним поверненням у країну проживання; страхування цивільної відповідальності авіаперевізника за затримку рейсу; страхування ризиків, пов'язаних з екстремальними видами спорту; страхування квартири на час подорожі; страхування документів; страхування від поганої погоди; страхування ризиків професійної діяльності суб'єктів туристичної діяльності; страхування невідкладної допомоги (асистанс) тощо^{22, 23, 24}.

Усі види страхування у сфері здійснення туристичної діяльності являють собою єдину систему, що включає три основні групи: особисте страхування туристичної діяльності; майнове страхування; страхування цивільно-правової відповідальності. Розглянемо докладніше ці групи й основні види страхування, які до них належить.

²¹ Про туризм: Закон України від 15.09.1995 № 325/95. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.

²² Адамова Р.А. Особенности страхования в туризме. *УЭПС: управление, экономика, политика, социология*. 2019. № 2. 71 с. doi:10.24411/2412-2025-2019-00024.

²³ Казнова М.И. Направления совершенствования страхования туристических услуг. *Таврический научный обозреватель*. 2015. № 2-1. 30 с.

²⁴ Вихристенко Б., Опанасюк Н. Правові засади страхування в туризмі. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 4. 17 с.

Особисте страхування варто розглядати як систему видів страхування, яка забезпечує надання страхового захисту від ризиків, що загрожують життю людини, її працездатності, здоров'ю. Цей вид страхування належить до ризикових видів, характерними особливостями якого є обмежена тривалість у часі та велика ступінь випадковості щодо розмірів імовірного збитку в разі настання страхового випадку.

Якщо страхувальниками в договорі особистого страхування можуть бути як юридичні, так і фізичні особи, то застрахованими – лише фізичні особи, як дієздатні, так і недієздатні. Страхувальник може водночас бути й застрахованою особою, а сам правочин укладається або на його користь, або на користь третьої особи (вигодонабувача). Оскільки в договорі особистого страхування можуть страхуватися інтереси не лише страхувальника (туриста), а й групи осіб (туристів), тому, на нашу думку, варто виділити індивідуальне (однієї особи) та колективне (групи осіб) страхування.

Різновидами особистого страхування туристів є медичне страхування та страхування від нещасних випадків.

Згідно зі ст. 16 Закону України «Про туризм», під час здійснення туристичних поїздок страхування туристів (медичне та від нещасного випадку) є обов'язковим. Договором страхування повинні передбачатися надання медичної допомоги туристам і відшкодування їхніх витрат у разі настання страхового випадку безпосередньо в країні (місці) тимчасового перебування²⁵. Отже, науковці вважають особисте страхування одним із найважливіших аспектів туристичної діяльності, оскільки воно передбачене чинним законодавством і є обов'язковим²⁶.

Медичне страхування передбачає надання медичної допомоги, необхідність якої викликана нещасним випадком, раптовим захворюванням або загостренням хронічного захворювання. Витрати на медичну допомогу включають оплату амбулаторного та стаціонарного лікування, транспортування до найближчої лікарні, консультації спеціалістів, а також придбання виписаних лікарем медикаментів. Окремо можуть бути передбачені медико-транспортні витрати, зокрема, на евакуацію туриста в країну постійного проживання під належним медичним наглядом або репатріацію тіла померлого.

²⁵ Про туризм : Закон України від 15.09.1995 № 325/95. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.

²⁶ Абрамітова Д.Р. Розвиток страхування туризму в Україні. *Вісник Української академії банківської справи*. 2013. № 1 (34). 135 с.

Раптовим захворюванням вважається хвороба, що виникла несподівано, загрожує життю туриста й вимагає невідкладного медичного втручання. Страховими подіями не вважаються хронічні та рецидивні захворювання (серцево-судинні, онкологічні, туберкульозні й інші хвороби).

Не менш важливим є страхування від нещасних випадків. Нещасним випадком вважається раптова, несподівана для страхувальника (туриста) зовнішня подія, що призвела до розладу його здоров'я внаслідок тілесних ушкоджень або до смерті.

За цим видом страхування страховими випадками вважаються смерть застрахованого, яка настала в результаті нещасного випадку, що відбувся із застрахованим під час дії договору страхування; інвалідність, одержана в результаті нещасного випадку; часткова втрата працездатності в результаті нещасного випадку, який мав місце під час дії договору страхування²⁷.

Власне через наведені вище ризики більшість країн під час видачі візи вимагають наявність відповідного страхового полісу. Це пояснюється тим, що жодна країна, навіть якщо медицина в ній безкоштовна, не хоче нести витрати на допомогу громадянам інших держав за рахунок своїх платників податків.

Страхові відносини не поширюються на випадки, коли хвороба, нещасний випадок або смерть спричинені умисними діями туриста, наприклад, уживання алкоголю або наркотиків, участь у бійках і несанкціонованих мітингах, самогубство тощо.

Майнове страхування (страхування багажу, особистих предметів) є різновидом добровільного страхування та здійснюється за бажанням туриста. Об'єктом страхування є майнові інтереси, пов'язані з володінням, користуванням або розпорядженням майном туриста.

До багажу належать особисті речі туриста, які знаходяться в номері готелю країни (місця) тимчасового перебування, здані в багажне відділення транспортного засобу, ручна поклажа. Крім речей особистого користування, цей вид страхування може охоплювати страхування туристичного спорядження. Зазвичай дія страхового полісу не розповсюджується на документи, гроші, цінні папери, ювелірні вироби та антикварні речі.

До найбільш поширених страхових випадків належать утрата майна; знищення або пошкодження багажу в результаті нещасного

²⁷ Грабчук О.М. Особливості розвитку страхування туризму в Україні. *Інвестиції: практика та досвід*. 2015. № 7. URL: http://www.investplan.com.ua/pdf/7_2015/7.pdf.

випадку, дорожньо-транспортної пригоди, стихійного лиха або будь-яких протиправних дій третіх осіб; крадіжка (грабіж, розбій). Також страхування багажу, як стверджують фахівці, може забезпечити компенсацію витрат на придбання речей першої необхідності у разі тривалої затримки багажу, наприклад, через помилкове перевезення в іншу країну²⁸. Зарахування тих чи інших подій до страхових випадків установлюється за домовленістю сторін у страховому полісі.

Якщо збитки за втрачений або пошкоджений багаж компенсовані підприємствами транспорту, вони не підлягають відшкодуванню за договором страхування. Кожен договір страхування багажу діє протягом усієї туристичної подорожі.

У туристичному страхуванні важливе місце посідає страхування відповідальності, яка є своєрідним гарантом відшкодування шкоди та необхідним елементом збереження матеріального становища туриста й суб'єктів туристичної діяльності. Об'єктом такого страхування є майновий інтерес, пов'язаний із відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та майну інших осіб, у результаті вчинення неправомірних дій учасниками туристичних правовідносин.

Зауважмо, що страхування відповідальності у сфері туризму здійснюється за загальними правилами страхування.

Залежно від особливостей суб'єктного та об'єктного складу страхових правовідносин вирізняють страхування відповідальності туристів за шкоду, заподіяну майну третіх осіб, страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів, страхування відповідальності туроператора за порушення договірних зобов'язань.

Страховим випадком під час страхування відповідальності за шкоду, заподіяну майну третіх осіб (готелів, ресторанів), є реальні збитки, завдані туристом у результаті ненавмисних дій.

Найбільш поширеним видом страхування відповідальності під час здійснення туристичної діяльності є страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів. На кожному виді транспорту діють правила перевезення та, відповідно, умови страхування пасажирів і їхнього багажу.

Страхованням так званої «цивілки» користуються туристи, які подорожують на власних транспортних засобах. До страхування цивільної відповідальності автотуристів застосовуються загальні засади страхування цивільної відповідальності, регламентовані Законом України

²⁸ Ващишин М. Правове регулювання туристичної діяльності: навчально-методичний посібник. Львів : ІІІ Сорока Т.Б., 2014. С. 97–98.

«Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів». Цей вид страхування передбачає страхування відповідальності за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю та майну третіх осіб.

У разі виїзду за кордон туристи, які подорожують на власних автомобілях, також повинні застрахувати свою цивільну відповідальність, оформивши спеціальний сертифікат «Зелена карта».

«Зелена карта» – система міжнародних договорів про обов'язкове страхування цивільної відповідальності власників автотранспортних засобів. Міжнародний страховий сертифікат дає змогу туристам, які перетинають кордон країн-членів Міжнародної системи автомобільного страхування, не здійснювати страхування цивільної відповідальності в кожній країні.

Крім того, варто згадати про такий вид страхування, як страхування підприємницьких ризиків туристичних організацій.

О.О. Охріменко виокремлює дві групи підприємницьких ризиків суб'єктів туристичної діяльності: ризики, які не залежать від діяльності туристичних підприємств (стихійні, природні, техногенні); ризики, що прямо залежать від здійснення туристичної діяльності (фінансові, економічні, валютні)²⁹.

Серед ризиків туроператора на першому місці за ступенем небезпеки стоять ризики цивільної відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань перед туристами за договором про надання туристичних послуг.

Стаття 7 Закону України «Про страхування» передбачає такий вид обов'язкового страхування, як страхування відповідальності суб'єктів туристичної діяльності за шкоду, заподіяну життю чи здоров'ю туриста або його майну³⁰. З наведеного законодавчого припису залишається незрозумілим, що є об'єктом страхування та які підстави такої відповідальності.

На нашу думку, туроператори несуть цивільно-правову відповідальність за шкоду, яка може бути заподіяна туристу в результаті невиконання (часткового або повного) ними своїх зобов'язань за договором про надання туристичних послуг. Тому на туроператора необхідно покласти обов'язок застрахувати ризик настання відповідальності

²⁹ Охріменко О.О. Проблеми формування страхового захисту підприємницької діяльності у сфері туризму в Україні. *Зовнішня торгівля: право та економіка*. 2014. № 4. 126 с.

³⁰ Про страхування : Закон України від 07.03.1996 № 86/96. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

за порушення договірних зобов'язань. Отже, п. 31 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про страхування» необхідно викласти в такій редакції: «страхування цивільної відповідальності туроператора за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором про надання туристичних послуг».

Страховим випадком є факт настання цивільно-правової відповідальності туроператора у вигляді реальної шкоди, яка завдана туристу в результаті невиконання або неналежного виконання туроператором зобов'язань за договором про надання туристичних послуг, за умови, що це відбулося протягом строку дії договору.

Особливість цього страхування полягає в тому, що в договорі наперед не визначено особу застрахованого, на користь якої має виплачуватися страхове відшкодування в разі настання страхового випадку. Вимогу про таку виплату за договором страхування відповідальності туроператора пред'являє до страховика турист, якому заподіяно шкоду.

Постає питання щодо доцільності страхування відповідальності турагента. Як убачається з дефініції, наведеної в ст. 5 Закону України «Про туризм», турагенти здійснюють посередницьку діяльність із реалізації туристичного продукту туроператорів і туристичних послуг інших суб'єктів туристичної діяльності³¹, а відповідальність за порушення умов договору про надання туристичних послуг несе туроператор. Директива 2015/2302 Європейського парламенту та Ради ЄС про пакетні тури й пов'язані з ними туристичні послуги теж не містить положень щодо страхування цивільної відповідальності турагентів.

Зважаючи на це, ми не вбачаємо необхідності в здійсненні страхування цивільної відповідальності турагентів.

Для туристів украї важливим є вибір надійного туроператора та зменшення ризику, пов'язаного з його неплатоспроможністю, тобто банкрутством. Про масштаби наслідків ліквідації суб'єкта туристичної діяльності для подорожуючих яскраво свідчать нещодавні події. У вересні 2019 року одна з найбільших туристичних компаній у світі Thomas Cook оголосила про банкрутство, що торкнулося 600 тисяч туристів, із них близько 150 тисяч потребували репатріації³².

Безумовно, дієвим механізмом захисту інтересів туристів за таких обставин є страхування туроператорів на випадок банкрутства. Однак

³¹ Про туризм : Закон України від 15.09.1995 № 325/95. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.

³² Банкрутство Thomas Cook: Британія почала повертати з-за кордону туристів. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-tourism/2786037-bankrutstvo-thomas-cook-britania-pocala-povertati-zza-kordonu-turistiv.html>.

ані Закон України «Про страхування», ані Закон України «Про туризм» не передбачають такого виду страхування.

Звернувшись до європейського досвіду, зауважмо, що Директива (ЄС) 2015/2302 закріплює обов'язкове страхування організаторів туру в разі їхньої неплатоспроможності³³. У Законі Чеської Республіки «Про умови ведення бізнесу й ефективності окремих видів діяльності туризму» також передбачено обов'язкове страхування турагентств. При цьому встановлено розмір страхових внесків турагентством на рівні не менше ніж 30% від запланованого річного доходу від продажу турів, а якщо вказаний показник менший, ніж за попередній рік, то враховується числове значення попереднього року³⁴.

Зважаючи на нестабільну економічну ситуацію в Україні та з метою забезпечення ефективного захисту туристів, вважаємо за потрібне імплементувати цей досвід у національне законодавство, передбачивши в ст. 7 Закону України «Про страхування» такий вид обов'язкового страхування, як страхування туроператорів на випадок банкрутства.

Нині в Україні є попит на страхування витрат, пов'язаних із розірванням договору про надання туристичних послуг за ініціативою туриста. Ідеться про так зване страхування від невізду.

Правове підґрунтя цього виду добровільного страхування закріплено в ст. 19¹ Закону України «Про туризм». Крім того, у Директиві (ЄС) 2015/2302 передбачено, що за бажанням споживача може бути укладений договір страхування для покриття витрат, пов'язаних із розірванням договору з ініціативи споживача³⁵.

Страхове відшкодування виплачується у випадках, якщо можливість здійснення туристичної подорожі не була реалізована з таких причин, як неотримання візи; захворювання, що перешкоджає здійсненню поїздки, нещасний випадок або смерть застрахованої особи чи близького родича; виклик до суду як учасника судового процесу; надзвичайна подія в будинку (квартирі) туриста (пожежа, затоплення,

³³ Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements. Official Journal of the European Union. 11.12.2015. L 326/1. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2302#d1e1691-1-1>.

³⁴ Державне регулювання сфери туризму України в контексті процесів євроінтеграції / за заг. ред. В.Г. Герасименко, О.Л. Михайлюк. Київ : ФОП Гуляєва В.М., 2019. 140 с.

³⁵ Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements. Official Journal of the European Union. 11.12.2015. L 326/1. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2302#d1e1691-1-1>.

злочинні дії третіх осіб); призов на військову службу; інші. Уважаємо, що страхуванню за цих обставин повинні також підлягати ризики, пов'язані з достроковим перериванням туристичної подорожі.

Реалізація страхування від невіїзду (скасування подорожі) є можливою за умови повної оплати туру на момент настання страхового випадку.

Закордоном існують такі види страхування туристів, як «travel delay» – затримка відправлення в тур; «Flight» – затримка авіарейсів³⁶. Запровадження таких видів страхування в Україні дало б туристові змогу відшкодувати збитки, заподіяні затримкою рейсу або затримкою відправлення в тур за форс-мажорних обставин.

Наостанок зосередимо увагу на формах здійснення туристичного страхування.

Відзначимо, що нині виділяють дві форми страхування в туристичній галузі: компенсаційну та сервісну.

Компенсаційна передбачає самостійну оплату туристом усіх витрат, пов'язаних зі страховим випадком. Компенсацію за понесені витрати він отримує після повернення з мандрівки, надавши страховику оригінали чеків, довідок та інших підтверджуючих документів. Як правило, така форма страхування застосовується, коли страхові випадки не передбачають значних витрат. Її основними недоліками є запас валютних коштів і відсутність гарантій страхових виплат у повному обсязі, наприклад, через неналежно оформлені документи.

Сервісна форма страхування («assistance insurance») передбачає, що в разі настання випадків, передбачених страховим договором, турист зв'язується з диспетчерською компанією в країні свого перебування, а вже вона бере на себе всі обов'язки й оплачує необхідні витрати.

Головна мета «асистансу» – негайне реагування в надзвичайних обставинах, надання клієнтові моральної, медичної, а також технічної допомоги³⁷. Якщо при класичному страхуванні понесені витрати відшкодовуються після повернення в країну проживання, то в «assistance insurance» турист отримує допомогу за місцем тимчасового перебування та не несе додаткових витрат.

Така форма є вигідною для туриста через непрогнозованість настання страхових випадків і розміру витрат, необхідних для подо-

³⁶ Рябенко Г.М., Сіренко Н.М., Кравченко А.С. Страхування : навчальний посібник. Москва : МНАУ, 2014. 131 с.

³⁷ Михайлова Н.В., Карцева В.В. Медичне страхування туристів, які виїжджають за кордон. *Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі*. 2017. № 4 (82). 124 с.

лання негативних наслідків. Оскільки через різноманіття маршрутів і ймовірно необхідних страхових послуг страхові компанії не спроможні самостійно гарантувати туристам своєчасну допомогу, вони працюють зі спеціалізованими закордонними компаніями з медичної допомоги (Medical Assistance Company), укладаючи з ними відповідні договори. Отже, турист може оперативної отримати всю необхідну медичну, юридичну чи організаційну допомогу без додаткових і непередбачуваних грошових витрат.

Задля оптимального вибору необхідних видів туристичного страхування в кожному конкретному випадку суб'єкт туристичної діяльності повинен забезпечити туриста необхідним комплексом страхових послуг. Цю гарантію захисту інтересів туриста під час подорожі варто закріпити на законодавчому рівні, виклавши ч. 5 ст. 16 Закону України «Про туризм» у такій редакції: «За вимогою туриста туроператор зобов'язаний забезпечити інші види добровільного страхування в обсязі, необхідному для здійснення подорожі».

ВИСНОВКИ

На основі проведеного аналізу законодавчих приписів і доктринальних положень нами здійснено теоретичне узагальнення та вирішено завдання, яке полягає у формуванні наукового підходу до розуміння відносин страхування в туризмі.

Основними узагальненими висновками, які ми отримали в процесі дослідження, є такі.

Страхування є способом зниження ризиків, що виникають під час здійснення туристичної діяльності.

Механізм правового регулювання страхових відносин у туристичній сфері недостатньо налагоджений, що гальмує розвиток різних видів страхування в туризмі й не сприяє захисту інтересів споживачів туристичних послуг.

Страхування в туризмі – система правовідносин, які складаються між страховою компанією та страхувальниками (туроператором або туристом), щодо забезпечення захисту особистих і майнових інтересів туристів під час туристичної подорожі та майнових інтересів туроператорів під час здійснення туристичної діяльності в разі настання страхових подій, визначених договором або законом.

Головним регулятором відносин між туристом/туроператором і страховою організацією є договір страхування. Підтвердженням факту укладення договору туристичного страхування є поліс.

Відносини туристичного страхування опосередковані такими договірними конструкціями, як посередницький договір туристичного страхування, договір страхування на користь третьої особи, договір туристичного страхування, який турист укладає самостійно.

Моментом виникнення страхових відносин для застрахованого туриста є момент сплати ціни договору про надання туристичних послуг.

Обґрунтовано недоцільність установлення франшизи під час здійснення медичного страхування туристів.

Усі види страхування у сфері здійснення туристичної діяльності являють собою єдину систему, що включає три основні групи: особисте страхування туристичної діяльності (медичне страхування, страхування від нещасних випадків); майнове страхування; страхування цивільно-правової відповідальності

До обов'язкових видів туристичного страхування зараховано медичне страхування, страхування від нещасних випадків, страхування цивільної відповідальності автотуристів, страхування цивільної відповідальності туроператора за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором про надання туристичних послуг, страхування туроператорів на випадок банкрутства.

Задля забезпечення ефективного захисту інтересів туристів під час подорожі пропонуємо внести певні корективи до законодавчих положень.

Так, до Закону України «Про туризм»:

– ч. 3 ст. 16 викласти в новій редакції: «Інформація про умови обов'язкового/добровільного страхування й усі пов'язані із цим ризики має бути доведена до відома туриста під розписку до укладення договору про надання туристичних послуг»;

– п. 9 ч. 3 ст. 19¹ – «про порядок забезпечення туроператором обов'язкового страхування, розмір, порядок виплати страхового відшкодування, а також можливість та умови добровільного страхування витрат, пов'язаних із розірванням договору про надання туристичних послуг з ініціативи туриста, страхування майна й будь-яких інших імовірних ризиків, які можуть виникнути під час туристичної подорожі»;

– ч. 5 ст. 16 – «За вимогою туриста туроператор зобов'язаний забезпечити інші види добровільного страхування в обсязі, необхідному для здійснення подорожі».

До Закону України «Про страхування»:

– п. 31 ч. 1 ст. 7 викласти в новій редакції: «страхування цивільної відповідальності туроператора за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором про надання туристичних послуг»;

– ч. 1 ст. 7 Закону України «Про страхування» доповнити пунктом 31¹ такого змісту: «страхування туристів (медичне та від нещасного випадку)» та пунктом 31² – «страхування туроператорів на випадок банкрутства».

З метою вдосконалення механізму правового регулювання страхування у сфері туризму необхідно прийняти Порядок і правила туристичного страхування, закріпивши в ньому положення про обов'язкове страхування туристів, яке здійснюється як на підставі безпосередньо укладених договорів зі страховими організаціями, так і через туроператорів; найбільш розповсюджені різновиди добровільного страхування, які необхідні для здійснення туристичної подорожі, і пов'язані з ними ризики; страхування підприємницьких ризиків туроператорів.

АНОТАЦІЯ

Наукову роботу присвячено розв'язанню науково-прикладної проблеми щодо вдосконалення правового регулювання страхування в туризмі. Проаналізовано доктринальні підходи до терміна «страхування в туризмі» та запропонована авторська дефініція. Розкрито основні ознаки страхових відносин у сфері здійснення туристичної діяльності й запропоновано їх класифікацію.

Визначено особливості здійснення інформування туристів про умови страхування. Досліджено правову природу договірних конструкцій, які опосередковують надання страхових туристичних послуг. Розкрито зміст таких умов договору, як страховий ризик, страховий випадок, страховий платіж. Окрема увага приділяється формі договору туристичного страхування.

Охарактеризовано основні види та форми туристичного страхування й обґрунтовано необхідність розширити коло обов'язкових видів страхування.

За результатами проведеного дослідження запропоновано внести зміни до Законів України «Про страхування» та «Про туризм».

ЛІТЕРАТУРА

1. За год туристы во всем мире потратили \$1,7 трлн. URL: <https://kapital.kz/world/78830/za-god-turisty-vo-vsem-mire-potratili-1-7-trln.html>.
2. Толкачева О.П., Джобинашвили К. А. Особенности страхования в отрасли туризма. *Вестник Санкт-Петербургского университета*. 2014. № 3. С. 155–158.
3. Мельник Д.В., Мальцева Г.И., Сусякова О.Н. Особенности туристического страхования в России. *Инновационная экономика: перспективы развития и совершенствования*. 2018. № 8 (34). С. 246–251.
4. Вихристенко Б., Опанасюк Н. Правові засади страхування в туризмі. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 4. С. 10–20.
5. Аблятипова Н.А., Папуш В.А. Некоторые проблемы страхования гражданско-правовой ответственности в туристской деятельности. *Colloquium-journal*. 2019. № 7 (31). С. 102–106.
6. Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council on package travel and linked travel arrangements of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements. Official Journal of the European Union. 11.12.2015. L 326/1. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2302#d1e1691-1-1>.
7. Вороніна Н. Цивільно-правове регулювання страхування у туристичній діяльності. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2017. № 5. С. 90–92.
8. Адамова Р.А. Особенности страхования в туризме. *УЭПС: управление, экономика, политика, социология*. 2019. № 2. С. 69–73. doi:10.24411/2412-2025-2019-00024.
9. Семенова М.В. Господарсько-правове регулювання туристичної діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Харків, 2017. 20 с.
10. Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 30.10.2019 у справі № 757/35886/18-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85701995>.
11. Гунин Е.М. Правовые и практические аспекты признания страхового случая и выплаты страхового возмещения в страховании ответственности туроператора. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2016. № 4. С. 17–22.
12. Рябенко Г.М., Сіренко Н.М., Кравченко А.С. Страхування: навчальний посібник. Москва: МНАУ, 2014. 426 с.
13. Туристическое страхование в Украине может быть рентабельным и прибыльным. URL: <https://forinsurer.com/public/18/05/24/4815>.

14. Михайлова Н.В., Карцева В.В. Медичне страхування туристів, які виїжджають за кордон. *Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі*. 2017. № 4 (82). С. 122–126.

15. Абрамітова Д.Р. Розвиток страхування туризму в Україні. *Вісник Української академії банківської справи*. 2013. № 1 (34). С. 134–138.

16. Грабчук О.М. Особливості розвитку страхування туризму в Україні. *Інвестиції: практика та досвід*. 2015. № 7. URL: http://www.investplan.com.ua/pdf/7_2015/7.pdf.

17. Ващишин М. Правове регулювання туристичної діяльності : навчально-методичний посібник. Львів : ПП Сорока Т.Б., 2014. 168 с.

18. Казнова М.И. Направления совершенствования страхования туристических услуг. *Таврический научный обозреватель*. 2015. № 2-1. С. 29–32.

19. Охріменко О.О. Проблеми формування страхового захисту підприємницької діяльності у сфері туризму в Україні. *Зовнішня торгівля: право та економіка*. 2014. № 4. С. 126–131.

20. Державне регулювання сфери туризму України в контексті процесів євроінтеграції / за заг. ред. В.Г. Герасименко, О.Л. Михайлюк. Київ : ФОП Гуляєва В.М., 2019. 332 с.

Information about author:

Andrusiv U. B.,

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Legal Civil Disciplines
L'viv State University of Internal Affairs
26, Gorodotska str., Lviv, Ukraine

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОЦІНЮВАННЯ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ В УКРАЇНІ

Антонюк У. В., Джуган В. О.

ВСТУП

Вимогою сьогодення в Україні в контексті світових глобалізаційних та інтеграційних процесів є реформування екологічних правовідносин з огляду на міжнародні та європейські стандарти охорони довкілля й забезпечення екологічної безпеки, а також апроксимація екологічного законодавства України до європейського законодавства про охорону навколишнього середовища. Позитивною тенденцією в цьому контексті стало прийняття довгоочікуваного Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» від 23 травня 2017 року, який набрав чинності 18 грудня 2017 року, адже саме цим нормативно-правовим актом скасовано інститут екологічної експертизи, натомість запроваджено нову систему оцінювання екологічного ризику, яка дає громадськості змогу на ранніх чи початкових стадіях брати участь в обговоренні планованої діяльності шляхом формування переліку питань, які будуть досліджуватися під час оцінювання впливу на довкілля, впливати на вибір альтернативного місця здійснення планованої діяльності, а також на впровадження переліку заходів, які зменшуватимуть вплив на довкілля такої діяльності. У сучасних умовах ще важко оцінювати результативність і дієвість на практиці цього нормативно-правового акта через незначний строк його дії. Водночас беззаперечною є значущість цієї процедури для врегулювання відносин у сфері прийняття екологічно значимих рішень із залученням екологічно зацікавленої громадськості. Крім того, оцінювання впливу на довкілля – це європейська модель охорони навколишнього середовища. Тому її запровадження в Україні є надзвичайно важливим і з погляду євроінтеграційних процесів у контексті гармонізації та апроксимації національного екологічного законодавства до європейських стандартів охорони довкілля. Отже, сьогодні надзвичайно актуальною є постановка питання про правові засади здійснення оцінювання впливу на довкілля, його зміст, сутнісні характеристики й особливості тощо. Ця процедура першочергово має на меті запобігання шкоді довкіллю, забезпечення екологічної безпеки, охорону довкілля, раціональне використання та відтворення природних ресурсів у процесі прийняття рішень про провадження

господарської діяльності, яка може мати значний вплив на довкілля, з урахуванням державних, громадських і приватних інтересів. Тому важливим аспектом оцінювання впливу на довкілля є також захист екологічних прав громадян, оскільки завдяки прозорій і відкритій процедурі оцінки впливу на довкілля із залученням екологічно зацікавленої громадськості можна запобігти екологічним ризикам планованої діяльності й, отже, у перспективі захистити екологічні права, свободи та інтереси громадян. Усе це в комплексі й зумовлює актуальність дослідження, метою якого є аналіз поняття, змісту, принципів оцінювання впливу на довкілля в Україні, а також його значення в механізмі гарантування екологічних прав громадян.

1. Поняття та зміст оцінювання впливу на довкілля в Україні

Відповідно до юридичної конструкції, закріпленої Законом України «Про оцінку впливу на довкілля», оцінювання впливу на довкілля визначається як процедура, що передбачає: 1) підготовку суб'єктом господарювання звіту з оцінювання впливу на довкілля; 2) проведення громадського обговорення; 3) аналіз уповноваженим органом інформації, наданої у звіті з оцінювання впливу на довкілля, будь-якої додаткової інформації, яку надає суб'єкт господарювання, а також інформації, отриманої від громадськості під час громадського обговорення, під час здійснення процедури оцінювання транскордонного впливу, іншої інформації; 4) надання уповноваженим органом мотивованого висновку з оцінювання впливу на довкілля; 5) урахування висновку з оцінювання впливу на довкілля в рішенні про провадження планованої діяльності¹.

Тобто зміст оцінювання впливу на довкілля визначається через призму послідовних стадій його проведення зі складанням висновку оцінювання впливу на довкілля. Водночас у цьому контексті досить слушним і необхідним є саме п. 5 ст. 2 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», де вказується й про необхідність урахування висновку оцінювання впливу на довкілля в рішенні про провадження планованої діяльності. Отже, констатується значимість цієї процедури постфактум і її вплив на прийняття кінцевого екологічно значимого рішення. Отже, оцінювання впливу на довкілля – це процес прийняття екологічно значимого рішення. Із цього приводу варто відзначити, що попередня процедура, а саме екологічна експертиза, коли мова йшла

¹ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

про діяльність, що планується, передбачала також необхідність проведення процедури оцінювання впливу на навколишнє природне середовище (далі – ОВНС) згідно з державними будівельними нормами України (Додаток В ДБН А.2.2-1-2603)², але на зовсім інших засадах. Зокрема, попередня процедура ОВНС була допоміжним етапом у механізмі проведення державної екологічної експертизи, а точніше складником підготовки передпроектної документації, і передбачала формальне вивчення громадської думки щодо тих або інших проектів впливу на довкілля. Разом із тим, як зазначається в аналітичному порівняльному огляді європейського й українського законодавства та рекомендаціях щодо впровадження європейських стандартів в Україні, практична реалізація права громадськості брати участь у розробленні ОВНС на належному рівні не забезпечувалася. Насамперед й інвестори, і розробники ОВНС не розцінювали громадськість як суб'єкта, який може позитивно вплинути на якість проектних документів, у кращому разі зводили вимоги законодавства щодо участі громадськості до їх формального виконання з використанням усіх можливих прогалів у нормативних актах для зведення можливості реальної участі до мінімуму³.

Отже, якщо попередня модель ОВНС, яка існувала в Україні до 2017 року, була лише черговим етапом підготовки передпроектної чи проектної документації для більш складного й важливого процесу – проведення державної екологічної експертизи, то в сучасних реаліях законодавець змінив акценти й визначив оцінювання впливу на довкілля як автономний і невід'ємний процес прийняття екологічно значимого рішення із залученням громадськості й урахуванням її потреб, інтересів. Саме на таких засадах ґрунтується ідеологія оцінювання впливу на довкілля в США та країнах ЄС⁴. Варто відмітити, що в російському екологічному законодавстві процедура оцінювання впливу на навколишнє середовище й в умовах сьогодення

² Державні будівельні норми України ДБН А.2.2-1-2003 Проектування склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні і будівництві підприємств, будинків і споруд. URL: <http://www.zhiva-planeta.org.ua/upload/dbn-a-2-2-1-2003.pdf> (дата звернення: 11.02.2020).

³ Сндрюшка Є., Алексеева Є., Скрильніков Д. Оцінка впливу на довкілля та участь громадськості: аналітичний порівняльний огляд європейського й українського законодавства та рекомендації щодо впровадження європейських стандартів в Україні. Львів : ЕПЛ, 2013. С. 13. URL: <http://www.irf.ua/files/ukr/programs/euro/eu-2013-10-21.pdf> (дата звернення: 11.02.2020).

⁴ ОВНС на Заході і в Україні. Відмінності і подібність. URL: <https://learn.ztu.edu.ua/> (дата звернення: 11.02.2020).

продовжує розглядатися лише як стадія, що передує обов'язковій екологічній експертизі⁵.

Щоб повною мірою зрозуміти значимість оцінювання впливу на довкілля, уважаємо за необхідне детальніше зупинитися на характеристиці її кінцевого результату, а саме висновку оцінювання впливу на довкілля. Як уже зазначалося вище, п. 5 ст. 2 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» вказує про таку важливу ознаку, як необхідність урахування висновку оцінювання впливу на довкілля в рішенні про провадження планованої діяльності⁶. Тобто констатується дійсна та реальна значимість цієї процедури і її вплив на прийняття кінцевого екологічно значимого рішення. Зокрема, у ч. 2 ст. 9 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» зазначається, що висновок з оцінювання впливу на довкілля враховується під час прийняття рішення про провадження планованої діяльності та може бути підставою для відмови у видачі рішення про провадження планованої діяльності. Тобто цей висновок як дозвоільний документ є підставою для провадження планованої діяльності. Більше того, відповідно до ч. 2 ст. 12 зазначеного вище Закону, порушення процедури здійснення оцінювання впливу на довкілля, безпідставне й необґрунтоване неврахування чи неналежне врахування результатів участі громадськості, інші порушення законодавства у сфері оцінювання впливу на довкілля є підставами для скасування висновку з оцінювання впливу на довкілля та рішення про провадження планованої діяльності в судовому порядку⁷. Тому висновок оцінювання впливу на довкілля є і підставою для відмови у провадженні планованої діяльності, що, безумовно, є надзвичайно правильним і необхідним кроком.

Ще однією важливою характеристикою оцінювання впливу на довкілля є її гласність. Так, у процесі оцінювання впливу на довкілля забезпечується своєчасне, адекватне та ефективне інформування громадськості. Тому можна дійти висновку, що, з одного боку, ця процедура є формою участі громадськості під час прийняття екологічно значимих рішень, а з іншого – слугує гарантією забезпечення екологічних прав громадян, а саме: права кожного на чисте й безпечне для життя

⁵ Дубовик О.Л. Екологическое право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2010. С. 322–323.

⁶ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

⁷ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

та здоров'я довкілля, права вільного доступу до екологічної інформації тощо⁸.

Також варто вказати й про те, що Закон України «Про оцінку впливу на довкілля» в п. 2 ст. 1 розглядає громадськість як одну чи більше фізичних або юридичних осіб, їхні об'єднання, організації або групи⁹. Це є позитивним кроком і повною мірою відповідає міжнародним стандартам охорони навколишнього середовища й захисту екологічних прав, зокрема Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуської конвенції)¹⁰. Більше того, оцінювання впливу на довкілля є віддзеркаленням європейської моделі захисту екологічних прав, центральне місце в ній посідають саме представники екологічно зацікавленої громадськості з метою вивчення громадської думки щодо планованої діяльності та її можливих екологічних ризиків у перспективі. Про це прямо зазначалося й на прес-конференції «Два місяці новому Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». Що змінилося після скасування екологічної експертизи?»¹¹, яка проведена профільним міністерством у березні 2018 року, а саме: оцінювання впливу на довкілля – це європейський стандарт, що гарантує людям, які живуть в околицях, де можна буде реалізовувати проект, належним чином оцінити, наскільки він буде впливати на довкілля, даватиме змогу уникнути будівництва, яке суперечить інтересам територіальних громад. Тобто на першому місці мають бути саме екологічні інтереси громадян, виключно лише за таких умов можна гарантувати їхні конституційні екологічні права.

До характеристик оцінювання впливу на довкілля варто зарахувати й сферу її застосування. Так, відповідно до ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», діє принцип її обов'язковості, тобто

⁸ Антонюк У.В. Громадська екологічна діяльність як гарантія забезпечення екологічних прав в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Випуск 35. Частина 1. Том 2. С. 69–72.

⁹ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

¹⁰ Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція) від 25 червня 1998 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_015/page2 (дата звернення: 11.02.2020).

¹¹ Два місяці новому Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». Що змінилося після скасування екологічної експертизи? : прес-конференція Міністерства екології та природних ресурсів України, м. Київ, 13 березня 2018 року. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2419890-zakon-ukraini-pro-ocinku-vplivu-na-dovkilla-so-zminilos-a-pisla-skasuvanna-ekologichnoi-ekspertizi.html> (дата звернення: 11.02.2020).

здійснення оцінювання впливу на довкілля є обов'язковим у процесі прийняття рішень про провадження планованої діяльності, визначеної нормативно, і така планована діяльність підлягає оцінюванню впливу на довкілля до прийняття рішення про провадження планованої діяльності¹². Варто зазначити, що в п. є ст. 3 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» також закріплено принцип обов'язковості оцінювання впливу на довкілля¹³. Під час проведення попередньої процедури, зокрема екологічної експертизи, теж частково застосовувався цей принцип. Так, згідно з ч. 3 ст. 13 Закону України «Про екологічну експертизу»¹⁴, здійснення державної екологічної експертизи обов'язковим для видів діяльності й об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку. Тобто принцип обов'язковості екологічної експертизи діяв виключно щодо діяльності й об'єктів підвищеної екологічної небезпеки. Що ж стосується оцінювання впливу на довкілля, то в ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» подано розширений перелік видів планованої діяльності, які підлягають цій процедурі, що розділені на дві категорії, переважною мірою йдеться про види діяльності й об'єкти, що становлять підвищену екологічну небезпеку. Отже, сам факт включення виду діяльності до частин другої чи третьої статті 3 Закону означає обов'язковість проведення оцінювання впливу на довкілля для таких видів діяльності¹⁵.

Варто вказати, що нормативно також визначено й види діяльності, які не підлягають оцінюванню впливу на довкілля, а саме плановану діяльність, спрямовану виключно на забезпечення оборони держави, ліквідацію наслідків надзвичайних ситуацій, наслідків антитерористичної операції на території проведення антитерористичної операції на період її проведення, відповідно до критеріїв, затверджених Кабінетом Міністрів України.

Окрім того, оцінювання впливу на довкілля здійснюється з дотриманням вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища, з урахуванням стану довкілля в місці, де планується

¹² Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

¹³ Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-12. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1264-12> (дата звернення: 11.02.2020).

¹⁴ Про екологічну експертизу : Закон України від 9 лютого 1995 року № 45/95 (Закон утратив чинність на підставі Закону від 23.05.2017 № 2059-VIII. *ВВРВ*. 2017. № 29. Ст. 315). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/95-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.02.2020).

¹⁵ Третяк Т.О. Процедура оцінки впливу на довкілля у проєкті Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 1. С. 146–147.

провадити плановану діяльність, екологічних ризиків і прогнозів, перспектив соціально-економічного розвитку регіону, потужності й видів сукупного впливу (прямого й опосередкованого) на довкілля, у тому числі з урахуванням впливу наявних об'єктів, планованої діяльності й об'єктів, щодо яких отримано рішення про провадження планованої діяльності або розглядається питання про прийняття таких рішень¹⁶.

Звісно, сьогодні ще дуже складно оцінити всі позитивні та негативні аспекти дієвості та результативності процедур щодо оцінки впливу на довкілля, зважаючи на незначний строк дії Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». Водночас за два місяці його дії в 2018 році в Єдиному реєстрі оцінки впливу на довкілля спостерігалася тенденція, що зростає, подання документів зацікавленими суб'єктами господарювання. Зокрема, за перший рік дії процедури в Єдиному реєстрі з оцінки впливу на довкілля було зареєстровано 2365 справ і видано 490 висновків про оцінку впливу на довкілля¹⁷. Якщо порівнювати з нашими сусідами, то в Польщі по цій процедурі щорічно реєструється приблизно 1500 заявок¹⁸.

2. Принципи оцінювання впливу на довкілля в Україні

Оцінювання впливу на довкілля – це інноваційний інститут екологічного законодавства України, який запроваджено у 2017 році в контексті гармонізації національного законодавства в галузі охорони навколишнього природного середовища з європейськими стандартами у сфері забезпечення екологічних прав і гарантування екологічної безпеки. Безумовно, що правозастосовна практика в цій сфері відносин є незначною, оскільки налічує лише 2 роки. Тому в сучасних умовах ще складно оцінити всі переваги та недоліки запровадження цієї моделі відносин. Водночас надзвичайно важливо на початкових етапах упровадження оцінювання впливу на довкілля визначити керівні, відправні та засадничі положення, на яких має ґрунтуватися процес її

¹⁶ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

¹⁷ У Мінприроди нагадали, що недотримання висновку про ОВД може стати причиною зупинки роботи підприємства. URL: <https://menr.gov.ua/news/33126.html> (дата звернення: 11.02.2020).

¹⁸ Два місяці новому Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». Що змінилося після скасування екологічної експертизи? : прес-конференція Міністерства екології та природних ресурсів України, м. Київ, 13 березня 2018 року. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-preshall/2419890-zakon-ukraini-pro-ocinku-vplivu-na-dovkilla-so-zminilosa-pislas-kasuvanna-ekologichenoi-ekspertizi.html> (дата звернення: 11.02.2020).

здійснення, оскільки це в перспективі впливатиме на її результативність та ефективність.

Варто відзначити, що в Законі України «Про оцінку впливу на довкілля» відсутня окрема норма, у межах якої були б системно визначені принципи реалізації цієї процедури, хоча в преамбулі до цього Закону вказується, що він установлює правові та організаційні засади оцінювання впливу на довкілля. У контексті кореляції з попередницею оцінювання впливу на довкілля, яка існувала в Україні до 2017 року, зокрема екологічною експертизою, варто згадати про те, що в ст. 6 Закону України «Про екологічну експертизу», закріплені основні принципи екологічної експертизи, а саме: гарантування безпечного для життя та здоров'я людей навколишнього природного середовища; збалансованість екологічних, економічних, медико-біологічних і соціальних інтересів і врахування громадської думки; наукова обґрунтованість, незалежність, об'єктивність, комплексність, варіантність, превентивність, гласність; екологічна безпека, територіально-галузева й економічна доцільність реалізації об'єктів екологічної експертизи, запланованої чи здійснюваної діяльності; державне регулювання; законність¹⁹.

Водночас у Законі України «Про оцінку впливу на довкілля» закріплено лише принцип гласності, який полягає в тому, що в процесі оцінювання впливу на довкілля забезпечується своєчасне, адекватне й ефективне інформування громадськості²⁰. Необхідність закріплення цього принципу в черговий раз, на наше переконання, засвідчує основну відмінність оцінювання впливу на довкілля від екологічної експертизи, оскільки саме оцінювання впливу на довкілля є віддзеркаленням європейської моделі захисту екологічних прав, центральне місце в ній посідають саме представники екологічно зацікавленої громадськості з метою вивчення громадської думки щодо планованої діяльності та її можливих екологічних ризиків у перспективі. Крім того, принцип гласності як ключовий принцип оцінювання впливу на довкілля вказує на багатогранний, поліфункціональний характер цієї процедури, про що неодноразово вказувалося в юридичній літературі²¹,

¹⁹ Про екологічну експертизу : Закон України від 9 лютого 1995 року № 45/95 (*Закон* утратив чинність на підставі *Закону* від 23.05.2017 № 2059-VIII. ВВРУ. 2017. № 29. Ст. 315). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/95-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.02.2020).

²⁰ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

²¹ Антонюк У.В. Правове регулювання оцінки впливу на довкілля в Україні. *Science Review*. 2018. № 6 (13). Т. 2. С. 54–55.

адже, з одного боку, ця процедура є формою участі громадськості під час прийняття екологічно значимих рішень, а з іншого – слугує гарантією забезпечення екологічних прав громадян, а саме: права кожного на чисте й безпечне для життя та здоров'я довкілля, права вільного доступу до екологічної інформації тощо. Участь представників екологічно зацікавленої громадськості в проведенні оцінювання впливу на довкілля має стати яскравим прикладом активної громадської екологічної діяльності, яка, у свою чергу, є альтернативою державній управлінській діяльності в екологічній сфері, а також невід'ємним інструментом захисту екологічних прав громадян²². Тому оцінювання впливу на довкілля необхідно розглядати як неодмінний складник механізму гарантування екологічних прав в Україні. Безумовно, попередня процедура, а саме екологічна експертиза, також передбачала своїм завданням захист екологічних прав та інтересів громадян і держави (ст. 3 Закону України «Про екологічну експертизу»²³) та можливість участі представників громадськості в її ініціюванні й проведенні, водночас досить дискусійним було питання про їхню дійсну результативність і реальну законну можливість впливати на процес прийняття екологічно значимих рішень у процесі здійснення таких процедур.

Позиція законодавця не визначати в Законі України «Про оцінку впливу на довкілля» перелік принципів здійснення цієї процедури залишає це питання відкритим для наукового обговорення, а перелік принципів невичерпним. Тому в науковій літературі пропонується виділяти такі принципи оцінювання впливу на довкілля: об'єктивність початкових даних, порівняльний підхід, відстеження причинно-наслідкових зв'язків, відкритість для громадськості принцип передбачуваної екологічної загрози; принцип повноти представленої інформації та її достовірності; принцип застосування оцінювання впливу на довкілля як інструменту формування рішень на початкових етапах проектування й доступність на цих же етапах інформації щодо проектних рішень для громадськості; принцип розгляду у взаємозв'язку технологічних, технічних, соціальних, природоохоронних та економічних показників проектних пропозицій; принцип альтернативності проектних рішень, формування нових

²² Антонюк У.В. Захист екологічних прав в Україні у контексті оцінки впливу на довкілля. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2018. Випуск 52. Том 2. С. 18.

²³ Про екологічну експертизу : Закон України від 9 лютого 1995 року № 45/95 (Закон утратив чинність на підставі Закону від 23.05.2017 № 2059-VIII. *БВРВ*. 2017. № 29. Ст. 315). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/95-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.02.2020).

варіантів; принцип відповідальність замовника (ініціатора) діяльності за наслідки реалізації проектних рішень тощо²⁴.

З огляду на чинне екологічне законодавство України, яке регламентує порядок та особливості здійснення оцінювання впливу на довкілля, зокрема Закон України «Про оцінку впливу на довкілля», Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища», пропонуємо як принципи оцінювання впливу на довкілля розглядати такі принципи:

– принцип пріоритетності вимог екологічної безпеки, сутність якого полягає в тому, що оцінювання впливу на довкілля спрямовано на запобігання шкоді довкіллю, забезпечення екологічної безпеки, охорону довкілля, раціональне використання й відтворення природних ресурсів у процесі прийняття рішень про провадження господарської діяльності, яка може мати значний вплив на довкілля, з урахуванням державних, громадських і приватних інтересів;

– принцип гарантування безпечного для життя і здоров'я довкілля: мета оцінювання впливу на довкілля спрямована на реалізацію та захист екологічних прав громадян, насамперед конституційного права кожного на чисте й безпечне для життя та здоров'я довкілля;

– принцип гласності оцінювання впливу на довкілля, сутність якого полягає в тому, що в процесі оцінювання впливу на довкілля забезпечується своєчасне, адекватне й ефективне інформування громадськості, а також активне залученням громадськості до участі в проведенні цієї процедури;

– принцип забезпечення балансу (урахування) державних, громадських і приватних інтересів у процесі проведення оцінювання впливу на довкілля;

– принцип обов'язковості оцінювання впливу на довкілля: здійснення оцінювання впливу на довкілля є обов'язковим у процесі прийняття рішень про провадження планованої діяльності, визначеної ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля»;

– принцип законності оцінювання впливу на довкілля, сутність якого принципу полягає в тому, що процедура оцінювання впливу на довкілля повинна здійснюватися в порядку, визначеному законами України.

²⁴ Сндрюшка Є., Алексеева Є., Скрильніков Д. Оцінка впливу на довкілля та участь громадськості: аналітичний порівняльний огляд європейського й українського законодавства та рекомендації щодо впровадження європейських стандартів в Україні. Львів : ЕПЛІ, 2013. С. 33–35. URL: <http://www.irf.ua/files/ukr/programs/euro/eu-2013-10-21.pdf> (дата звернення: 11.02.2020).

Отже, у сучасних умовах на рівні чинного екологічного законодавства України не визначено принципи оцінювання впливу на довкілля, що відкриває широкі можливості для наукової полеміки. Закон України «Про оцінку впливу на довкілля» акцентує увагу лише на принципі гласності цієї процедури. Така позиція законодавця, на наше переконання, з одного боку, є виправданою з тих міркувань, що своєчасне, відкрите інформування й залучення представників громадськості під час оцінювання впливу на довкілля є ключовою та відмінною ознакою цієї європейської моделі відносин, з іншого боку, процедура оцінювання впливу на довкілля повинна ґрунтуватися й на інших, не менш важливих принципах, а саме: принципі пріоритетності вимог екологічної безпеки; принципі гарантування безпечного для життя і здоров'я довкілля; принципі забезпечення балансу (урахування) державних, громадських і приватних інтересів у процесі проведення оцінювання впливу на довкілля; принципі обов'язковості оцінювання впливу на довкілля; принципі законності оцінювання впливу на довкілля тощо, оскільки лише в комплексі всі ці базові та ключові принципи дадуть змогу забезпечити ефективне та результативне проведення оцінювання впливу на довкілля. Тому вважаємо за необхідне в окремій статті Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» визначити системно базові принципи оцінювання впливу на довкілля.

3. Оцінювання впливу на довкілля та захист екологічних прав в Україні

Оцінювання впливу на довкілля, на наше переконання, певною мірою можна й навіть необхідно розглядати як гарантію захисту екологічних прав громадян. Зокрема, виключний перелік гарантій забезпечення екологічних прав міститься в ст. 10 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища». До них належать:

а) проведення широкомасштабних державних заходів щодо підтримання, відновлення й поліпшення стану навколишнього природного середовища;

б) обов'язок центральних органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій здійснювати технічні й інші заходи для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, виконувати екологічні вимоги під час планування, розміщення продуктивних сил, будівництва та експлуатації об'єктів економіки;

в) участь громадських організацій і громадян у діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища;

г) здійснення державного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

д) компенсація в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю та майну громадян унаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

е) невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

є) створення й функціонування мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації²⁵.

Якщо детально проаналізувати цей перелік на предмет кореляційного аналізу з оцінюванням впливу на довкілля, то можна зробити такі висновки:

1) оцінювання впливу на довкілля може розглядатися як захід, який спрямований на запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності, у цьому випадку планованої, на навколишнє природне середовище, оскільки основна мета оцінювання впливу на довкілля є саме превентивною й передбачає запобігання екологічним ризикам для довкілля й життєдіяльності людей у процесі прийняття рішень про провадження господарської діяльності, яка може мати значний вплив на довкілля, тобто будь-які наслідки планованої діяльності для довкілля, у тому числі наслідки для безпечності життєдіяльності людей і їхнього здоров'я, флори, фауни, біорізноманіття, ґрунту, повітря, води, клімату, ландшафту, природних територій та об'єктів, історичних пам'яток та інших матеріальних об'єктів чи для сукупності цих факторів, а також наслідки для об'єктів культурної спадщини чи соціально-економічних умов, які є результатом зміни цих факторів²⁶;

2) оцінювання впливу на довкілля передбачає обов'язкове залучення громадськості, громадських об'єднань та окремих громадян під час його провадження з метою вивчення громадської думки й урахування громадських інтересів. Це прямо закріплено в ч. 1 ст. 4 Закону

²⁵ Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-12. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1264-12> (дата звернення: 11.02.2020).

²⁶ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

України «Про оцінку впливу на довкілля», зокрема в процесі оцінювання впливу на довкілля забезпечується своєчасне, адекватне та ефективне інформування громадськості;

3) оцінювання впливу на довкілля є екологічною вимогою під час планування, розміщення продуктивних сил, будівництва та експлуатації об'єктів економіки. Більше того, висновок оцінювання впливу на довкілля враховується під час прийняття рішення про провадження планованої діяльності й може бути підставою для відмови у видачі рішення про провадження планованої діяльності. Тобто цей висновок як дозвільний документ є підставою для провадження планованої діяльності. Більше того, відповідно до ч. 2 ст. 12 зазначеного вище Закону, порушення процедури здійснення оцінювання впливу на довкілля, безпідставне та необгрунтоване неврахування чи неналежне врахування результатів участі громадськості, інші порушення законодавства у сфері оцінювання впливу на довкілля є підставами для скасування висновку з оцінювання впливу на довкілля та рішення про провадження планованої діяльності в судовому порядку. Тому висновок оцінювання впливу на довкілля є й підставою для відмови в провадженні планованої діяльності, що, безумовно, має сенс;

4) оцінювання впливу на довкілля також можна, на наш погляд, розглядати з погляду й широкомасштабних державних заходів, які спрямовані на підтримання, відновлення та поліпшення стану навколишнього природного середовища, адже суб'єктами оцінювання впливу на довкілля, відповідно до ч. 3 ст. 2 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», є суб'єкти господарювання, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, які є замовниками планованої діяльності й прирівнюються до суб'єктів господарювання, уповноважений центральний орган, уповноважені територіальні органи, інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, громадськість, а в окремих випадках держава походження та зачеплена держава. Оскільки, кінцева мета оцінювання впливу на довкілля спрямована на прийняття екологічно значимого рішення щодо провадження чи відмови в провадженні планованої діяльності, таку процедуру доцільно розглядати і як захід держави, націлений на охорону довкілля та його збереження;

5) оцінювання впливу на довкілля може бути й формою громадського контролю за дотриманням вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Так, відповідно до ст. 12 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», висновок

з оцінювання впливу на довкілля, інші рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади або органів місцевого самоврядування в процесі здійснення оцінювання впливу на довкілля можуть бути оскаржені будь-якою фізичною чи юридичною особою в судовому порядку; порушення процедури здійснення оцінювання впливу на довкілля, безпідставне та необґрунтоване неврахування чи неналежне врахування результатів участі громадськості, інші порушення законодавства у сфері оцінювання впливу на довкілля є підставами для скасування висновку з оцінювання впливу на довкілля та рішення про провадження планованої діяльності в судовому порядку;

б) у процесі проведення оцінювання впливу на довкілля передбачено ще один гарантійний момент – невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону довкілля. Зокрема, у ст. 15 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» міститься перелік правопорушень, які стосуються проведення цієї процедури. Водночас у ст. 16 зазначеного вище Закону передбачено, що діяльність суб'єктів господарювання незалежно від форми власності, яка провадиться з порушенням законодавства про оцінювання впливу на довкілля, може бути тимчасово заборонена (зупинена) – до виконання встановлених у висновку з оцінювання впливу на довкілля екологічних умов зупиняється експлуатація підприємства чи окремих його цехів (дільниць) та одиниць обладнання; припинена – повністю припиняється експлуатація підприємства чи окремих його цехів (дільниць) та одиниць обладнання. При цьому в разі тимчасової заборони (зупинення) чи припинення діяльності підприємств забороняються всі викиди і скиди забруднюючих речовин і розміщення відходів підприємства загалом чи окремих його цехів (дільниць) та одиниць обладнання²⁷.

Отже, оцінювання впливу на довкілля, зважаючи на свою поліфункціональну природу, тісно переплітається з гарантіями екологічних прав. Тому вона може розглядатися як важливий і невід'ємний складник усіх видів гарантій забезпечення екологічних прав, свобод та інтересів в Україні²⁸. Більше того, кореляційний аналіз оцінювання впливу на довкілля з гарантіями екологічних прав, які визначені нормативно, свідчить про те, що оцінювання впливу на довкілля може

²⁷ Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

²⁸ Антонюк У.В. Гарантії екологічних прав: проблеми наукової та нормативно-правової диференціації. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2014. № 3 (6). С. 110.

бути не лише формою участі екологічно зацікавленої громадськості під час прийняття екологічно значимих рішень, а й елементом державної та муніципальної діяльності щодо забезпечення й гарантування екологічних прав в Україні.

ВИСНОВКИ

Отже, зміст оцінювання впливу на довкілля свідчить про його поліфункціональне значення. Зокрема, оцінювання впливу на довкілля варто розглядати через призму таких його характеристик: самостійну та автономну функцію екологічного управління; підставу для провадження планованої діяльності чи відмови в її провадженні; гарантію забезпечення екологічних прав та інтересів громадян; форму участі громадськості під час прийняття екологічно значимих рішень. Такий багатопрофільний юридичний зміст оцінювання впливу на довкілля однозначно свідчить про його надзвичайну важливість і значимість у механізмі охорони довкілля, оскільки лише за умови врахування всіх цих характеристик можна стверджувати про дійсну та реальну можливість запобігти шкоді довкіллю, забезпечити екологічну безпеку, раціональне природокористування в процесі прийняття рішень про провадження господарської діяльності, яка може мати значний вплив на екосистему, з урахуванням державних, громадських і приватних інтересів.

Беззаперечним є той факт, що оцінювання впливу на довкілля в сучасних українських реаліях є значно прогресивнішим, ніж екологічна експертиза, зважаючи на високий запобіжний ефект першого, і пропагує європейські цінності в охороні навколишнього середовища, які є надзвичайно важливими та необхідними для України. У сучасних умовах на рівні чинного екологічного законодавства України не визначено принципи оцінювання впливу на довкілля, що відкриває широкі можливості для наукової полеміки. Закон України «Про оцінку впливу на довкілля» акцентує увагу лише на принципі гласності цієї процедури. Така позиція законодавця, на наше переконання, з одного боку, є виправданою з тих міркувань, що своєчасне, відкрите інформування й залучення представників громадськості під час проведення оцінювання впливу на довкілля є ключовою та відмінною ознакою цієї європейської моделі відносин, з іншого боку, процедура оцінювання впливу на довкілля повинна ґрунтуватися й на інших, не менш важливих принципах, а саме: принципі пріоритетності вимог екологічної безпеки; принципі гарантування безпечного

для життя і здоров'я довкілля; принципи забезпечення балансу (урахування) державних, громадських і приватних інтересів у процесі проведення оцінювання впливу на довкілля; принципи обов'язковості оцінювання впливу на довкілля; принципи законності оцінювання впливу на довкілля тощо, оскільки лише в комплексі всі ці базові та ключові принципи дадуть змогу забезпечити ефективне та результативне проведення оцінювання впливу на довкілля. Тому вважаємо за необхідне в окремій статті Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» визначити системні базові принципи оцінювання впливу на довкілля.

АНОТАЦІЯ

У статті автором досліджено актуальні питання правового регулювання оцінювання впливу на довкілля в Україні. Доведено багатофільний юридичний зміст оцінювання впливу на довкілля та його надзвичайну важливість і значимість у механізмі охорони довкілля й захисту екологічних прав громадян. Проведено кореляційний аналіз оцінювання впливу на довкілля з екологічною експертизою, визначено перспективні переваги першого. Також обґрунтовується положення, що оцінювання впливу на довкілля варто розглядати як самостійну гарантію забезпечення екологічних прав в Україні, адже оцінювання впливу на довкілля є не лише формою участі екологічно зацікавленої громадськості під час прийняття екологічно значимих рішень чи формою громадського екологічного контролю, а й елементом державної та муніципальної діяльності в механізмі охорони довкілля. Окрему увагу звернено на принципи здійснення оцінювання впливу на довкілля, зокрема принцип гласності. Унесено пропозицію включити до Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» окрему статтю, яка б визначала базові принципи оцінювання впливу на довкілля. Водночас указується, що лише за умови формування в Україні відкритої, прозорої та чіткої процедури оцінювання впливу на довкілля можна стверджувати про серйозний крок уперед на шляху до європейських стандартів життя. Важливу роль для досягнення цих цілей мають відіграти не лише об'єктивність і неупередженість представників влади, а й чесність і відкритість бізнесових структур, а також високий рівень екологічної правосвідомості й культури зацікавленої громадськості та окремих громадян у процесі здійснення оцінювання впливу на довкілля в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

2. Державні будівельні норми України ДБН А.2.2-1-2003 Проектування склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні і будівництві підприємств, будинків і споруд. URL: <http://www.zhiva-planeta.org.ua/upload/dbn-a-2-2-1-2003.pdf> (дата звернення: 11.02.2020).

3. Єндрощка Є., Алексеева Є., Скрильніков Д. Оцінка впливу на довкілля та участь громадськості: аналітичний порівняльний огляд європейського й українського законодавства та рекомендації щодо впровадження європейських стандартів в Україні. Львів: ЕПЛ, 2013. 96 с. URL: <http://www.irf.ua/files/ukr/programs/euro/eu-2013-10-21.pdf> (дата звернення: 11.02.2020).

4. ОВНС на Заході і в Україні. Відмінності і подібність. URL: <https://learn.ztu.edu.ua/> (дата звернення: 11.02.2020).

5. Дубовик О.Л. Экологическое право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2010. 720 с.

6. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

7. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

8. Антонюк У.В. Громадська екологічна діяльність як гарантія забезпечення екологічних прав в Україні *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Випуск 35. Частина 1. Том 2. С. 69–72.

9. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

10. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція) від 25 червня 1998 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_015/page2 (дата звернення: 11.02.2020).

11. Два місяці новому Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». Що змінилося після скасування екологічної експертизи?: прес-конференція Міністерства екології та природних ресурсів України, м. Київ, 13 березня 2018 року. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric->

presshall/2419890-zakon-ukraini-pro-ocinku-vplivu-na-dovkilla-so-zminilosa-pisla-skasuvanna-ekologicnoi-ekspertizi.html (дата звернення: 11.02.2020).

12. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

13. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-12 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1264-12> (дата звернення: 11.02.2020).

14. Про екологічну експертизу: Закон України від 9 лютого 1995 року № 45/95 (Закон утратив чинність на підставі Закону від 23.05.2017 № 2059-VIII. *ВВПУ*. 2017. № 29. Ст. 315). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/95-вр> (дата звернення: 11.02.2020).

15. Третяк Т.О. Процедура оцінки впливу на довкілля у проекті Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 1. С. 141–147.

16. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

17. У Мінприроди нагадали, що недотримання висновку про ОВД може стати причиною зупинки роботи підприємства. URL: <https://menr.gov.ua/news/33126.html> (дата звернення: 11.02.2020).

18. Два місяці новому Закону України «Про оцінку впливу на довкілля». Що змінилося після скасування екологічної експертизи?: прес-конференція Міністерства екології та природних ресурсів України, м. Київ, 13 березня 2018 року. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2419890-zakon-ukraini-pro-ocinku-vplivu-na-dovkilla-so-zminilosa-pisla-skasuvanna-ekologicnoi-ekspertizi.html> (дата звернення: 11.02.2020).

19. Про екологічну експертизу: Закон України від 9 лютого 1995 року № 45/95 (Закон утратив чинність на підставі Закону від 23.05.2017 № 2059-VIII. *ВВПУ*. 2017. № 29. Ст. 315). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/95-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.02.2020).

20. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

21. Антонюк У.В. Правове регулювання оцінки впливу на довкілля в Україні. *Science Review*. 2018. № 6 (13). Т. 2. С. 51–56.

22. Антонюк У.В. Захист екологічних прав в Україні у контексті оцінки впливу на довкілля. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2018. Випуск 52. Том 2. С. 18–22.

23. Про екологічну експертизу: Закон України від 9 лютого 1995 року № 45/95 (Закон утратив чинність на підставі Закону від 23.05.2017 № 2059-VIII. ВВРУ. 2017. № 29. Ст. 315. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/95-вр> (дата звернення: 11.02.2020).

24. Єндрощка Є., Алексєєва Є., Скрильніков Д. Оцінка впливу на довкілля та участь громадськості: аналітичний порівняльний огляд європейського й українського законодавства та рекомендації щодо впровадження європейських стандартів в Україні. Львів: ЕПЛ, 2013. 96 с. URL: <http://www.irf.ua/files/ukr/programs/euro/eu-2013-10-21.pdf> (дата звернення: 11.02.2020).

25. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-12. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1264-12> (дата звернення: 11.02.2020).

26. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

27. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19> (дата звернення: 11.02.2020).

28. Антонюк У.В. Гарантії екологічних прав: проблеми наукової та нормативно-правової диференціації. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2014. № 3 (6). С. 101–112.

Information about authors:

Antonyuk U. V.,

Ph.D., Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Civil
and Commercial Law and Process
Ivano-Frankivsk Law School
National University Odessa Law Academy
13, Maksimovicha str., Ivano-Frankivsk, Ukraine

Dghuan V. O.,

Ph.D., Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Civil
and Commercial Law and Process
Ivano-Frankivsk Law School
National University Odessa Law Academy
13, Maksimovicha str., Ivano-Frankivsk, Ukraine

ВПЛИВ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ НА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УМОВАХ РОЗБУДОВИ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ

Арістова І. В., Карпик Ю. А.

ВСТУП

Загально визнано, що майбутнє світу та й України загалом ґрунтується на цифрових технологіях, поштовх яким дає, серед іншого, й сучасна цифрова економіка. Актуальність цього феномена зазначено й на міжнародному рівні, коли питання цифрової економіки вперше було внесено в порядок денний групи G20 на саміті в Анталії у 2015 р. та визнано, що ми живемо в епоху економіки Інтернету¹. Варто підкреслити, що Україна забезпечує поступове приведення своїх чинних законів чи прийняття нових законів у відповідність до європейського законодавства за трьома основними напрямками: інтероперабельність (Interoperability) та електронні сервіси (eServices); індустрія відкритих даних; електронна ідентифікація (eID). Тому не випадково, що в Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр. акцентовано увагу на тому, що «важливими для розвитку цифрової економіки є м'які цифрові інфраструктури, які не повинні залишатися поза увагою, зокрема й інфраструктура блокчейн»².

Однією з рушійних сил розвитку цивілізації є творча інтелектуальна діяльність. Країни з ринковою економікою давно усвідомили значення використання й належної охорони результатів творчої діяльності, об'єднаних у понятті «інтелектуальна власність», для темпів соціального та економічного розвитку³. Важливість розв'язання цього завдання закріплено в Угоді про асоціацію України з Європейським

¹ G20 Програма по розвитку и сотрудничеству в сфере цифровой экономики (Итоговый документ - 2016). URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/dmi/workgroup/materials/> (дата звернення: 12.02.2020).

² Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Розпорядження Кабінету Міністрів від 17.01.2018 № 67-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-shvalennya-konceptsiyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizatsiyi> (дата звернення: 12.02.2020).

³ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів: Новий Світ-2000, 2014. С. 384.

Союзом (далі – ЄС)⁴. Варто усвідомлювати, що Україна, отже, у короткий проміжок часу повинна пройти шлях держав-членів ЄС у питанні запровадження високих стандартів охорони прав інтелектуальної власності в умовах інформаційного суспільства та цифрової економіки.

У роботі відстоюється позиція, що цифрова економіка постає однією з ознак інформаційного суспільства, яке у своєму розвитку проходить декілька етапів⁵. Якщо виходити з того, що перший етап розвитку інформаційного суспільства переважним чином ґрунтується на досягненнях інформаційних технологій і технологій зв'язку, то наступний етап його розбудови має припускати більш широкі соціальні, етичні та політичні параметри – це нове суспільство знань. Водночас використання інформаційно-комунікаційних технологій (далі – ІКТ) для створення суспільств знань у різних країнах світу має бути спрямоване на розвиток людства на основі передусім прав людини. Безумовно, у нових умовах виникає об'єктивна потреба в переосмисленні ролі права, напрямів розвитку галузей права та їх взаємодії. Варто підтримати точку зору стосовно важливої ролі права у свідомому проектуванні інформаційних процесів: за допомогою права не лише регулюються відносини, що виникають у суспільстві, а й відбувається розширення сфери інформаційної діяльності, що зумовлено суспільними потребами⁶.

Важливо, що державна підтримка зазначеної позиції втілена, наприклад, у Рекомендації парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні» (далі – Рекомендації)⁷. Ураховуючи низку наявних проблем в інформаційній сфері, зокрема необхідність розвитку інформаційного законодавства, проведення системної кореляції з вирішення питань захисту й забезпечення основних прав, цінностей і соціально-економічних інтересів людини, суспільства й держави, а також з метою забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні, у документі закріплено

⁴ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована із заявою Законом України від 16.09.2014 № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 12.02.2020).

⁵ Арістова І.В. Наука «Інформаційне право» на новому етапі розвитку інформаційного суспільства. *Правова інформатика*. 2011. № 1. С. 3.

⁶ Арістова І.В. Наука «Інформаційне право» на новому етапі розвитку інформаційного суспільства. *Правова інформатика*. 2011. № 1. С. 4.

⁷ Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні»: Постанова Верховної Ради України від 03.07.2017 № 1565-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 33. Ст. 1163.

відповідні рекомендації⁸. Наприклад, з метою розвитку електронної економіки Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) пропонувалося, серед іншого, активізувати розроблення та впровадження новітніх ІКТ, унести законодавчі пропозиції щодо вдосконалення оцінювання об'єктів інтелектуальної власності в Україні задля правового захисту зазначених активів. Усвідомлення важливості наукового й науково-технічного забезпечення розвитку інформаційного суспільства зумовило постановку завдань щодо: 1) організації та забезпечення розроблення наукових і прикладних засад трансформації інформаційного суспільства в суспільство знань як інноваційну основу подальшого суспільно-економічного розвитку України; 2) забезпечення з урахуванням рішень Національної академії правових наук України, виокремлення інформаційного права та права інтелектуальної власності в окрему наукову спеціальність розвитку інформаційного суспільства⁹.

Отже, тема статті належить до пріоритетних наукових досліджень щодо розвитку інформаційного суспільства як із соціогуманітарних, так і технологічних та інноваційних проблем.

1. Методологія дослідження. Понятійний апарат: правові засоби, інструменти цифрової економіки

Уважаємо за необхідне зазначити, що в статті відстоюється різноманітна ідея суспільства знань – «Єдність у різноманітті», яка проголошена міжнародною організацією ЮНЕСКО¹⁰. Грунтуючись на зазначеній ідеї, пропонуємо розкрити предмет дослідження шляхом використання об'єднаних знань як різноманітних галузевих юридичних наук, так й інформаційних (технічних наук). Варто підкреслити, що взаємодія виникає там і тоді, де зв'язок між науками об'єднаний спільною метою. Отже, зазначений підхід зумовлений необхідністю досягнення спільної мети – розбудови глобального інформаційного суспільства, заснованого на цифрових технологіях, знанні та забезпеченні передусім прав людини. Водночас варто підкреслити, що на важливість проведення міждисциплінарних досліджень в умовах розбудови інформаційного суспільства, а отже, інформаційної економіки свого часу звертали увагу юристи – фахівці в галузі інформаційного

⁸ Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні»: Постанова Верховної Ради України від 03.07.2017 № 1565-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 33. Ст. 1163.

⁹ Там само.

¹⁰ К обществом знаний: Всемирный доклад ЮНЕСКО. Париж: Изд-во ЮНЕСКО, 2005. 211 с.

права (зокрема І.В. Арістова¹¹, К.І. Беляков¹²) Сьогодні до цього вже закликають і фахівці в галузі інформаційних технологій¹³. Отже, існує об'єктивна потреба в активізації досліджень, що мають міждисциплінарний характер.

Мета статті – визначення особливостей використання правових засобів інформаційного права та права інтелектуальної власності, а також інструментів цифрової економіки для врегулювання суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності в Україні з урахуванням європейської інтеграції, розбудови інформаційного суспільства й інформаційного законодавства.

Відповідно до вимог методології наукового дослідження, для досягнення зазначеної мети висувається та перевіряється наступна наукова гіпотеза: необхідною умовою належного забезпечення права інтелектуальної власності в умовах розбудови суспільства знань в Україні є комплексне використання правових засобів інформаційного права й права інтелектуальної власності, інструментів цифрової економіки та відповідного досвіду ЄС.

Перед перевіркою зазначеної гіпотези вважаємо за доцільне зазначити, що варто розрізняти поняття правотворчості та правоутворення: правоутворення – це всі форми й засоби виникнення, розвитку та зміни права, включаючи правотворчість. Тобто правоутворення є ширшим поняттям, ніж її результат – власне правотворчість¹⁴. Водночас на встановлення нових правових норм, а також зміну чинних чи скасування застарілих правових норм впливають різні фактори, наприклад, економічні, політичні. У разі нашого предмета дослідження на правотворчість у сфері інтелектуальної власності здійснюють вплив цифрова економіка (економічний фактор) і європейська інтеграція України (переважно політичний фактор). Згідно з наявною класифікацією етапів процесу правоутворення¹⁵, дослідження цих впливів пов'язано з матеріальним етапом. Тобто йдеться про те, що матеріальний етап

¹¹ Арістова І.В., Курило В.І., Калугін О.Ю. Впровадження інформаційно-комунікаційних технологій в аграрний сектор економіки України: організаційно-правовий аспект : монографія / за заг. ред. І.В. Арістової. Київ : Редакційно-видавничий центр НУБіП України, 2014. 193 с.

¹² Беляков К.І. Інформатизація в Україні: проблеми організаційного-правового та наукового забезпечення : монографія. Київ : КВІЦ, 2008. 576 с.

¹³ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. 384 с.

¹⁴ Скаун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. 2-е вид., перероб. і доп. Харків : Еспада, 2009. С. 422.

¹⁵ Там само.

правоутворення передує правотворчості, оскільки для встановлення нових норм необхідні відповідні дослідження, зокрема щодо впливу цифрової економіки та європейської інтеграції на формування норм права у сфері інтелектуальної власності в Україні. У зв'язку з цим до структури статті будуть включені відповідні розділи – II і III.

У статті акцентовано увагу на необхідності розуміння змісту та структури поняття «правові засоби» (засоби правового регулювання). Це – «правові явища, що призначені для правового упорядкування суспільних відносин, оптимального вирішення соціальних завдань, досягнення суб'єктами правовідносин приватних та публічних цілей»¹⁶. Варто підкреслити, що поняття «засіб» містить у собі як інструментарій (засоби – встановлення), так і технології (засоби – дії). До першого складника належать, наприклад, зобов'язання, дозволи, заборони, заохочення, рекомендації, покарання, пільги, норми права, принципи права тощо. Другий складник правових засобів включає акти реалізації права, акти застосування права й усі процеси юридичної діяльності¹⁷. До речі, наведені види правових засобів згруповано за критерієм регулятивної активності. Водночас за критерієм галузевої належності правові засоби поділяються на конституційні, адміністративні, цивільні, інформаційні тощо. Уважаємо за доцільне зазначити, що в процесі перевірки висунутої наукової гіпотези будуть використовуватися елементи наведених груп правових засобів.

На нашу думку, необхідно визначитися зі змістом ще декількох основних понять, які будуть використовуватися під час перевірки гіпотези, а також їх функціональними характеристиками. Отже, акцентуємо увагу на з'ясуванні змісту відносно нових понять: цифрова економіка, інформаційні технології, блокчейн, токен блокчейну, цифровий актив і смарт-контракт. Така пропозиція зумовлена їх впливом на розвиток цифрової економіки в Україні та забезпечення прав людини.

У класичному розумінні поняття «цифрова економіка» означає діяльність, у якій основними засобами (факторами) виробництва є цифрові (електронні, віртуальні) дані, як числові, так і текстові¹⁸.

¹⁶ Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. 2-е вид., перероб. і доп. Харків : Еспада, 2009. С. 284.

¹⁷ Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. 2-е вид., перероб. і доп. Харків : Еспада, 2009. С. 285.

¹⁸ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.01.2018 № 67-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/proshvalennya-koncepciyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizaciyi> (дата звернення: 15.02.2020).

Цифрова економіка базується на інформаційно-комунікаційних технологіях, стрімкий розвиток яких уже сьогодні впливає на традиційну (фізично-аналогову) економіку, трансформуючи її від такої, що споживає ресурси, до економіки, що створює ресурси. Саме дані є ключовим ресурсом цифрової економіки, вони генеруються та забезпечують електронно-комунікаційну взаємодію завдяки функціонуванню електронно-цифрових пристроїв, засобів і систем. Шлях до цифрової економіки пролягає через внутрішній ринок виробництва, використання і споживання ІКТ та цифрових. Варто зазначити, що впровадження ІКТ, які являють собою сукупність методів, виробничих процесів і програмно-технічних засобів, інтегрованих з метою збирання, обробки, зберігання, розповсюдження, демонстрації та використання даних в інтересах їх користувачів, послуговували закономірними чинниками соціально-економічного посилення й забезпечення добробуту, комфорту і якості життя суспільства¹⁹.

Установлено, що блокчейн являє собою структуровану базу даних, «ланцюжок блоків», де кожен блок пов'язаний із попереднім. Блок містить набір записів (інформацію). Кожен новий блок з інформацією додається в кінець ланцюжка. Отже, створюється своєрідний «реєстр» даних, у який дані вносяться в суворій послідовності²⁰. Кількість блоків є необмеженою. Змістовно блок може містити будь-яку інформацію: про дії, людей, об'єкти, транзакції, серійні номери, видані кредити тощо. Іншими словами, блокчейн – це розподілений публічний реєстр, заснований на сучасних криптографічних алгоритмах, що містить базу даних про всі раніше здійснені операції, який мають децентралізований характер. Це структурована система з певними правилами побудови ланцюжків транзакцій і доступу до інформації²¹.

З'ясовано основоположні принципи функціонування технології блокчейн, а саме: розподіленість реєстру та функціонування його до останнього активного мережевого вузла; доступність до історії транзакцій усіх учасників; відсутність ієрархії; відкритість і захищеність даних користувачів; абсолютна прозорість; «довірчій»

¹⁹ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів від 17.01.2018 № 67-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-shvalennya-koncepciyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yuyi-realizaciyi> (дата звернення: 15.02.2020).

²⁰ Что такое блокчейн простыми словами. URL: <https://prostocoin.com/blog/blockchain-guide> (дата звернення: 15.02.2020).

²¹ Харитонов С.О., Харитонova О.І. ІТ-право: теорія та практика : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. С. 89.

характер системи тощо²². Проведені дослідження²³ дали змогу встановити, що ці принципи розкривають основні переваги цієї технології, а також значення блокчейну: ця технологія є дійсно запитуваною та перспективною майже в усіх сферах суспільного життя (державні реєстри, житлово-комунальне господарство, охорона здоров'я, фінанси, банківська сфера, медіа, юриспруденція, соціальне страхування, енергетика тощо).

У свою чергу, блокчейн як система обліку є технологією з криптографічно захищеного, хронологічно незмінного обліку транзакцій, під яким варто розуміти фіксацію всіх переходів одиниць обліку мережі блокчейн між користувачами такої мережі. Одиниця обліку, по суті, становить одиницю виміру певного ресурсу. При цьому як ресурс може виступати інформація, майно, право²⁴. У мережі блокчейн такі одиниці обліку прийнято називати токенами або криптовалютами. Отже, під токеном блокчейну варто розуміти одиницю обліку розподіленого реєстру (блокчейну), що є частиною децентралізованого програмного протоколу.

Варто зазначити, що нині використовують кілька головних методик класифікації токенів блокчейну²⁵, серед яких на особливу увагу заслуговує методика діагностики характеристик токена розподіленого реєстру (блокчейну) на відповідність цифровому активу. Аналіз цієї методики дав змогу переконатися, що ця класифікація надає якісний новий підхід до токена блокчейну як цифрового активу – інформаційного ресурсу, похідного від права на цінність. Крім цього, установлені сутнісно-сміслові особливості поняття «цифровий актив» сприяли усвідомленню того, що цей інформаційний ресурс ще й обертається в розподіленому реєстрі у вигляді унікального ідентифікатора²⁶. Уважаємо, що суттєвим результатом методики постає те, що з'явилася можливість використання токена блокчейну як цифрового активу фізичними особами та суб'єктами господарювання в межах чинного правового

²² Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 14.

²³ Харитонов С.О., Харитонova О.І. IT-право: теорія та практика : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. С. 88.

²⁴ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 47.

²⁵ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 54.

²⁶ Kud A.A. Substantiation of the term "digital asset": economic and legal aspects. *International Journal of Education and Science*. 2019. P. 4.

поля²⁷. Варто зазначити, що, на відміну від спекулятивного активу, основою ціноутворення буде виступати не фактор ажіотажу та паніки, а конкретна цінність, що в кінцевому результаті має призвести до формування глобального ринку інформаційних ресурсів, товарів і послуг на базі технології розподіленого реєстру²⁸. І це, на нашу думку, варто підтримувати й упроваджувати.

Підсумовуючи вищесказане, можна зробити висновок, що закономірні комплексні властивості токєну блокчейну зводяться до виконання однієї важливої функції – допуску до інформаційного ресурсу, який, у свою чергу, надає доступ до певного комплексу прав на цінність, під яким прийнято розуміти майно, майнові та немайнові права, цінні папери, послуги, роботи, цифрові активи тощо, що дійсно забезпечує належну безпеку власникам цифрових активів і водночас сприятливо позначається на економіці країни²⁹. Тобто виникає реальна можливість охорони різноманітних прав людини за допомогою технології блокчейн і її інструментів. Будемо вважати таку охорону технологічною. На нашу думку, наступні положення нашої роботи сприятимуть більшому усвідомленню такої позиції.

Беручи до уваги, що головне завдання блокчейну полягає в обліку, зберіганні та передаванні цінностей, є очевидним, що саме цінність у цьому контексті є однією з категорій технології блокчейн, на базі якої зароджуються та розвиваються нові відносини³⁰. Дійсно, проведені дослідження сприяли усвідомленню того, що потенціал природи технології блокчейн здатен самостійно сприяти всебічному формуванню довірчих відносин у суспільстві, охоплюючи такі додаткові характеристики, як прозорість і фактичність, а також гарантуванню принципу рівності, що дійсно є дуже актуальним для суспільства натеper, особливо у зв'язку з необхідністю охорони прав людини.

Варто зазначити, що нині питання правового врегулювання цих взаємовідносин гостро постали перед законодавцями в аспекті ліквідації їх анонімного фактору. Для вирішення цієї проблеми запропоновано підхід, який включає ідентифікацію та верифікацію³¹.

²⁷ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 71.

²⁸ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 73.

²⁹ Там само.

³⁰ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 80.

³¹ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 88.

Установлено, що низка колізій і прогалин у законодавстві, зокрема й пов'язаних з обробленням персональних даних, здатна ліквідуватися шляхом адаптування та синхронізації чинних норм до технології блокчейн³². На нашу думку, ідеться про необхідність комплексного врахування правової та технологічної охорони прав людини в умовах цифрової економіки.

Проведені дослідження дали змогу встановити, що кількість сфер щодо практичного застосування блокчейну є досить значною. Варто підкреслити, що ми переконалися в тому, що інноваційна технологія дійсно містить безліч функціональних можливостей, зокрема дає змогу вести облік як інформації, так і прав, поданих у вигляді інформаційного ресурсу, а також бути середовищем обертання цих прав³³. Дійсно, оскільки цифровий актив є засобом використання інформації, у тому числі інформації про комплекс прав, то можна стверджувати, що завдяки блокчейну в обертанні знаходиться інформація про право. У такому разі цивільне обертання прав здійснюється в кіберфізичному просторі та не має географічних меж³⁴. Як показали дослідження³⁵, надзвичайно ефективно блокчейн може бути застосований у сфері прав інтелектуальної власності, що це буде перевірено під час дослідження.

Уважаємо за необхідне дослідити нові перспективні можливості технології блокчейн передусім в аспекті впровадження смарт-контрактів на базі розподіленого реєстру. Установлено, що з розвитком ІКТ постало питання щодо спрощення та надійності системи укладання й виконання різного роду контрактів (договорів) шляхом реалізації концепції смарт-контрактів. Як довели дослідження, смарт-контрактами є угоди, написані в кодї, які автоматично виконують запрограмовані функції у відповідь на певні умови, що виконуються сторонами угоди³⁶. Важливо, що смарт-контракт – це контракт на даних розподіленого реєстру блокчейн, де використовується принцип

³² Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 91.

³³ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 293.

³⁴ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 295.

³⁵ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 293.

³⁶ Бойко Н.О. Смарт контракти – чи справді договори та чи дійсно «розумні». URL: <https://unba.org.ua/publications/3169-smart-kontrakti--chi-spravdi-dogovori-ta-chi-dijsno-rozumni.html> (дата звернення: 15.02.2020).

«якщо . . . , то», тобто умова прямо визначена в контракті³⁷. Варто зазначити, що, якщо смарт-контракту потрібен зв'язок із зовнішнім світом (банками, реєстрами тощо), використовують оракули – сервіси, які відповідають за підключення до джерела даних. Аналіз засвідчив, що за допомогою оракула розумний контракт отримує доступ до інформації в онлайн-режимі й може дізнатися про поточний курс валют, зміну цін, статус платежу тощо. Отже, так звані оракули виступають у ролі посередників, оскільки повідомляють смарт-контракту про настання тієї чи іншої події, яка впливає на виконання програмного алгоритму³⁸.

Проведені дослідження дали змогу дійти висновку, що, використовуючи смарт-контракти, можна спростити діяльність у багатьох сферах життя, у тому числі в юриспруденції, а саме під час охорони права інтелектуальної власності. У роботі поділяється думка О.І. Харитонової, що на етапі повноцінного становлення смарт-контрактів на базі технології блокчейну, в тому числі набуття ними правового статусу, у нагоді можуть стати «медіатори» – юристи нового покоління – «блокчейн-юристи». При цьому наголошується, що юристам майбутнього необхідні знання основ програмування, аби вони могли створювати смарт-контракти на основі блокчейну³⁹. Уважасмо, що цей приклад переконливо доводить, що технологічна охорона будь-яких прав людини водночас потребує й своєрідної правової підтримки.

Під час дослідження з'ясовано, що, з огляду на властивості цифрового активу в розподіленому реєстрі, реєстрація об'єктів права інтелектуальної власності в блокчейні у вигляді інформаційних ресурсів (оцифрування) дає можливість власникам авторських прав уникнути плагіату, «піратського» розповсюдження, надає контролінг за легальністю розповсюдження результатів творчої та наукової діяльності (музичних творів, статей, наукових досліджень тощо) через обертання цифрових активів, у які закладено ці об'єкти прав інтелектуальної власності⁴⁰. І це, на наш погляд, є наступним напрямом перспективного впровадження технології блокчейн задля технологічної охорони права інтелектуальної власності.

³⁷ Харитонов С.О., Харитонova О.І. ІТ-право: теорія та практика : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. С. 102.

³⁸ Солодовников Н.В. Смарт-контракты: как они работают и зачем нужны. URL: <https://www.pgplaw.ru/news/comments-in-the-media/smart-contracts-how-they-work-and-why-you-need> (дата звернення: 13.02.2020).

³⁹ Харитонов С.О., Харитонova О.І. ІТ-право: теорія та практика : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. С. 47.

⁴⁰ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 294.

2. Інтелектуальна власність в умовах інформаційного суспільства в Україні: місце правотворчості й інструментів цифрової економіки

Проведені дослідження сприяли усвідомленню того, що існують різні підходи до розуміння поняття права інтелектуальної власності, тому в роботі пропонуємо дотримуватися такої дефініції: «Інтелектуальна власність – термін, який склався історично, є умовним і має тільки термінологічну схожість із правом власності в його традиційному сприйманні й повинен розумітися як сукупність виключних прав особистого та майнового характеру на результати інтелектуальної діяльності»⁴¹, котрі не є правами власника. «Відповідно до такого бачення, право на об'єкти інтелектуальної власності складається з двох правомочностей: право забороняти й/чи дозволяти їх використання третім особам»⁴². Водночас варто зазначити, що є прихильники позиції, які співвідносять право інтелектуальної власності з власністю віртуальною в реальному світі, де йдеться не про право на річ, а про право на права⁴³.

Варто зазначити, що Цивільний кодекс (далі – ЦК) України визначає право інтелектуальної власності (далі – ІВ) як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права ІВ, визначений законом (ч. 1 ст. 418)⁴⁴. Відомо⁴⁵, що право ІВ варто розглядати у двох значеннях: об'єктивному та суб'єктивному.

На нашу думку, необхідно встановити, що постає фундаментом правової охорони об'єктів права ІВ. З'ясовано, що правові засади розвитку творчої діяльності людини й охорони її результатів закладені в Конституцію України⁴⁶, ЦК України⁴⁷, закони України: «Про авторське

⁴¹ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. Москва : Проспект, 1996. С. 14, 18–19.

⁴² Харитонов С.О., Харитонova О.І. ІТ-право: теорія та практика : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. С. 218.

⁴³ Харитонов С.О., Харитонova О.І. ІТ-право: теорія та практика: навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. С. 216.

⁴⁴ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 418.

⁴⁵ Баранова Л.М., Бегова Т.І. Цивільне право : підручник : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 535.

⁴⁶ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁴⁷ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

право і суміжні права»⁴⁸, «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»⁴⁹, «Про охорону прав на сорти рослин» тощо. Серед міжнародних актів – Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів 1886 р. (Паризький акт від 24.07.1971), Всесвітня конвенція про авторське право 1952 р.

Безумовно, у теорії права об'єктом прийнято вважати матеріальні й нематеріальні блага, з приводу яких виникають правовідносини. Із цього випливає, що це саме правило стосується й об'єктів права ІВ. Варто підкреслити, що загальні норми насамперед визначають коло об'єктів права ІВ. Як показали дослідження⁵⁰, перелік об'єктів права ІВ вперше легалізований на міжнародному рівні в Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Ми переконалися, що ст. 420 ЦК України до них зараховує літературні та художні твори, комп'ютерні програми, компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин та породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці⁵¹. Тобто в ЦК України значною мірою відтворено перелік об'єктів права ІВ, указаний у Стокгольмській конвенції.

Дослідження⁵² сприяли усвідомленню того, що під час регулювання відносин, що насамперед пов'язані зі створенням, використанням та охороною об'єктів авторського права й водночас промислової власності, виникає, з одного боку, багато спільного, а з іншого – відмінного⁵³. Зокрема, відмінності регулювання цих відносин пропонують пов'язувати зі сферами інтелектуальної діяльності, різними строками

⁴⁸ Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 01.02.2020).

⁴⁹ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 № 3687-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3687-12> (дата звернення: 15.02.2020).

⁵⁰ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. С. 387.

⁵¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

⁵² Яновицька Г.Б., Кучер В.О. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. 444 с.

⁵³ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. С. 386.

дії відповідно до авторського й патентного права⁵⁴. Отже, відмінність цих об'єктів зумовлюється особливостями їх правової охорони. Для здійснення інтелектуальних прав істотне значення має визначення моменту їх виникнення. Правова охорона інтелектуального продукту базується на двох основних правилах щодо виникнення виключних прав на нього: правило фактичного створення об'єкта ІВ, з яким і збігається момент виникнення виключних прав, і дотримання формальностей як умови виникнення виключних прав⁵⁵.

Правова охорона об'єктів ІВ здійснюється за допомогою надання їх створювачу виключних прав. Під виключним правом прийнято вважати виключну можливість здійснювати щодо об'єкта закріплені законом правомочності на власний розсуд⁵⁶. Правова система охорони об'єктів ІВ побудована на принципі поєднання інтересів створювача інтелектуального продукту та інтересів суспільства. Цей принцип у загальному вигляді втілений у норму ч. 2 ст. 424 ЦК України⁵⁷.

Проведені дослідження дали змогу встановити, що будь-який об'єкт права ІВ, у якому фігурують інтелектуальні цінності або блага, створені інтелектуальною працею, несе певне інформаційне навантаження. Дійсно, інформація, у якій відображено розуміння тими чи іншими суб'єктами навколишньої дійсності, є тим об'єднувальним фактором, який поєднує всі об'єкти права ІВ⁵⁸. Дійсно, є підстави усвідомлювати те, що інститут виключних прав цілком присвячений регулюванню правового режиму інформації. З останнього твердження випливає перше, адже творча праця є видом інтелектуальної діяльності, а продуктом останньої є інформація, яка, у свою чергу, є специфічною формою надання правової охорони результатам інтелектуальної діяльності⁵⁹.

У межах роботи пропонуємо акцентувати увагу на об'єктах права ІВ в діяльності ІТ-компаній. Готовий ІТ-продукт охороняється, від-

⁵⁴ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. *Цивільне право України* : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. С. 387.

⁵⁵ Баранова Л.М., Бегова Т.І. *Цивільне право* : підручник : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 535.

⁵⁶ Баранова Л.М., Бегова Т.І. *Цивільне право* : підручник : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 539.

⁵⁷ *Цивільний кодекс України* : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 224.

⁵⁸ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. *Цивільне право України* : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. С. 387.

⁵⁹ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. *Цивільне право України* : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. С. 388.

повідно до Закону України «Про авторське право та суміжні права», як літературний твір. Крім цього, згідно зі ст. 4 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право (1996 р.), комп'ютерні програми та бази даних охороняються як літературні твори в розумінні ст. 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів⁶⁰. Така охорона застосовується до комп'ютерних програм незалежно від способу або форми їх вираження⁶¹. Проведені дослідження дали можливість установити, що в аспекті авторського права ці ІТ-продукти створюються інтелектуальною творчою працею автора або співавторів твору, які виражені в об'єктивній формі. Підкреслимо, що автором такого ІТ-продукту може бути лише фізична особа, творчою працею якої є створений продукт. Тобто юридична особа автором такого продукту не може бути, однак може створювати організаційні, матеріальні умови для творчої праці фізичної особи – спеціаліста, котрий і створює ІТ-продукт.

Проведені дослідження дали змогу встановити, що майнові права на зазначені ІТ-продукти дуже рідко належать самим авторам: дійсно, пишуть комп'ютерні програми програмісти, а володіють майновими правами переважно роботодавці або треті особи (замовники). Варто зазначити, що використання майнових авторських прав на програмні продукти завжди вимагає укладення авторських договорів⁶². Виходячи з положень ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права», необхідно усвідомлювати, що майнові права, не вказані в авторському договорі як відчужувані, вважаються непередаваними⁶³.

Зазначене вище сприяло усвідомленню того, що надзвичайно важливим є оформлення передачі майнових прав на комп'ютерну програму чи базу даних у відносинах, що підпадають під сферу службового твору. Так, виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим

⁶⁰ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 15.02.2020).

⁶¹ Жуванов Д.М., Стогній Є.С. Яку форму правової охорони обрати для комп'ютерної програми? URL: <https://romanenko.biz/ua/publikatsii/41-publications-copyright-ua/106-yaku-formu-pravovoji-okhoroni-obrati-dlya-komp-yuternoji-programi> (дата звернення: 13.02.2020).

⁶² Коваль М.С. Права інтелектуальної власності на створений ІТ-продукт: проблемні моменти. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA009095 (дата звернення: 15.02.2020).

⁶³ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 № 3792-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 15.02.2020).

договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем⁶⁴.

Під час дослідження встановлено, що авторським правом охороняється втілення об'єктів творчої діяльності ІТ-компаній у матеріальній формі, однак сам зміст продукту не підлягає охороні. Разом із тим з'ясовано, що з метою охорони (захисту) саме ідеї, а не лише форми вираження необхідно комп'ютерні програми та бази даних захищати як винаходи або корисні моделі⁶⁵. Варто зазначити, що кожна держава встановлює критерії для визнання результату творчої діяльності саме об'єктом патентного права. Аналіз літератури⁶⁶ дав можливість з'ясувати, що в Україні правова охорона надається винаходу, корисній моделі та промислового зразку, які не суперечать публічному порядку, принципам гуманності й моралі та відповідають умовам патентоздатності. Тобто вимогам, передбаченим законодавством для підтвердження кваліфікації зазначених результатів саме як об'єктів патентного права, які складаються з критеріїв: новизна, винахідницький рівень і промислова придатність – у тому чи іншому їх поєднанні⁶⁷.

Доречно сказати, що оскільки комп'ютерні програми та бази даних є об'єктами права ІВ, то в результаті їх створення виникають дві групи прав: особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності. Немайнові права виникають на будь-який об'єкт ІВ з моменту створення такого об'єкта. Водночас майнові права на винахід, корисну модель, промисловий зразок визначено в ст. 464 ЦК України⁶⁸. Патент надає його власнику виключне право використовувати винахід, корисну модель чи промисловий зразок за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів. Взаємовідносини під час використання об'єкта, патент на який належить кільком особам, визначаються угодою між ними. У разі відсутності такої угоди кожний власник патенту може використовувати його за своїм розсудом, але жоден із них не має права

⁶⁴ Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 15.02.2020).

⁶⁵ Там само.

⁶⁶ Яновицька Г.Б., Кучер В.О. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. С. 410.

⁶⁷ Баранова Л.М., Бегова Т.І. Цивільне право : підручник : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 581.

⁶⁸ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 464.

давати дозвіл на використання та передавати право власності на об'єкт іншій особі без згоди інших власників патенту⁶⁹. Майнові права ІВ на винахід, корисну модель, промисловий зразок є чинними з дати їх державної реєстрації в тій країні, де особа бажає отримати патент, за умови підтримання чинності цих прав відповідно до закону⁷⁰. Тобто ми переконалися в існуванні правової охорони об'єктів права ІВ, що є продуктом ІТ-компанії.

Варто зазначити, що функції патентування тих чи інших об'єктів права ІВ здійснює Державне підприємство «Український інститут інтелектуальної власності» (Укрпатент), який у разі подачі відповідної заяви на патент проводить низку процедур: від експертизи відповідного продукту до державної реєстрації та видачі відповідної ліцензії⁷¹. До речі, в Україні як загальне правило діє вимога абсолютної світової новизни.

У роботі досліджено патенти ІТ-компанії в Україні – Simcord⁷², яка за багатьма показниками своєї діяльності претендує на першість у світі. Дослідження показали, що такий спосіб охорони ІВ, а точніше, майнових прав на розроблений продукт, як патентування, розвинений у нашій країні та має низку пріоритетів як спосіб, який гарантує безпеку прав. Зокрема, встановлено, що отримано патент «Спосіб здійснення транзакції з передачі цифрової цінності (цифрового активу) та система передачі цифрових цінностей для його здійснення» (The Method for Executing a Digital Value Transfer Transaction and the Digital Value Transfer System for Its Implementation) за номером заявки 2019/0708.2, який підтверджує новаторський підхід до реалізації технологічних процесів під час здійснення транзакції з передачі цифрових активів і засвідчує виключні права на винайдення системи для реалізації заявленого способу. З'ясовано, що цей патент зареєстрований у Казахстані⁷³. Проведені дослідження сприяли

⁶⁹ Баранова Л.М., Бегова Т.І. Цивільне право : підручник : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 590.

⁷⁰ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

⁷¹ Офіційний сайт Українського інституту інтелектуальної власності. URL: <https://ukrpatent.org/uk> (дата звернення: 15.02.2020).

⁷² Офіційний сайт компанії Simcord. URL: <https://www.simcord.com/ua/legal-information-patents> (дата звернення: 15.02.2020).

⁷³ Патент на винахід «Спосіб здійснення транзакції з передачі цифрової цінності (цифрового активу) та система передачі цифрових цінностей для його здійснення». *Офіційний сайт компанії Simcord*. URL: <https://www.simcord.com/ua/legal-information-patents> (дата звернення: 15.02.2020).

усвідомленню того, що реєстрація ІВ, а також розроблені фахівцями компанії Simcord апаратно-програмні комплекси гарантують забезпечення цифрового активу та формують надійний фундамент інформаційних платформ, зокрема й Системи Bitbon⁷⁴ (ідеться про правову охорону права ІВ цієї компанії).

В аспекті правового врегулювання відносин щодо цифрових продуктів, які постають об'єктами права ІВ ІТ-компаній, виникає потреба звернутися до зобов'язального законодавства. Оскільки ІТ-компанії зазвичай займаються розробленням програмного забезпечення або бази даних за замовленням, то велике значення має саме врегулювання питань щодо майнових прав на ці новостворені продукти, які є об'єктами права інтелектуальної власності. Аналіз положень ЦК України дав змогу з'ясувати, що в главі 75 закріплено норми щодо розпорядження майновими правами ІВ⁷⁵. Очевидно, що це є прикладом правової охорони, яка відбувається традиційним способом – у письмовому вигляді.

На нашу думку, вельми цікавим є приклад правової охорони права ІВ, а саме договору про передання виключних майнових прав ІВ. Це перша у світі угода між українськими компаніями з купівлі-продажу токєну блокчейну Bitbon як нематеріального активу, яка відбулася 04.12.2019⁷⁶. Наявність у суб'єкта цифрового активу надає йому право на доступ до інформаційного ресурсу, що містить інформацію про комплекс прав на цінність і відомості про зобов'язання власника цінності, виконання яких він має право вимагати. Водночас об'єктом взаємовідносин під час передавання цифрового активу є інформація про цінність, виражена в інформаційному ресурсі, а саме передавання здійснюється через поступку права на доступ до такого інформаційного ресурсу⁷⁷.

Проведені дослідження дали можливість установити, що компанія Project Consulting Group придбала в компанії Simcord 100 Bitbon на суму 16 757 грн (еквівалентну 700 доларам США з розрахунку 1 Bitbon дорівнює 7 доларам США). Варто зазначити,

⁷⁴ Система Bitbon. *Офіційний сайт компанії Simcord*. URL: <https://www.simcord.com/ua/bitbon-system> (дата звернення: 15.02.2020).

⁷⁵ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 464.

⁷⁶ Система Bitbon. *Офіційний сайт компанії Simcord*. URL: <https://www.simcord.com/ua/bitbon-system> (дата звернення: 15.02.2020).

⁷⁷ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 126.

що в такий спосіб здійснено переуступку прав доступу до сервісів Системи Vitbon (об'єктів права ІВ) в обсязі 0,0001%⁷⁸, що є доказом і прикладом застосування норм чинного законодавства, тобто зобов'язальної юрисдикції без спеціальних регулятивних механізмів⁷⁹. Більше того, такі договори можуть виступати як спосіб захисту своїх майнових прав ІВ. У роботі поділяється позиція, що розгляд основної властивості цифрового активу та виявлений зв'язок між цифровим активом як одиницею обсягу допуску (права на доступ) до інформаційного ресурсу та правом власності на цінність дає змогу говорити про новий об'єкт цивільних правовідносин – право на користування інформацією, похідною від права на цінність⁸⁰. Водночас уважаємо, що реалізації цивільного правовідношення сприяє інформаційне правовідношення, так зване забезпечувальне. На нашу думку, варто досліджувати доцільність формування комплексних правовідносин.

Варто підкреслити, що в попередніх роботах одного з авторів статті (зокрема у роботі⁸¹) викладено й обґрунтовано зазначену вище позицію. Уважаємо за доцільне навести окремі положення роботи⁸². По-перше, запропоновано в межах науки «інформаційне право» розвинути «інформаційну концепцію права» як вчення про інформаційну сутність права, яке свого часу запропоновано А.В. Венгеровим⁸³. Усвідомлення змісту введеного поняття «інтегративна інформаційна сфера» дало змогу розглядати цю сферу як правову сферу суспільства, що «пронизана» інформацією в умовах інформаційного суспільства. По-друге, обґрунтовано потребу в дослідженні правової сфери з позиції системного підходу. Передусім акцентувалася увага на одному з фундаментальних положень загальної теорії

⁷⁸ Перша у світі угода між українськими компаніями з купівлі-продажу точену блокчейну Vitbon як нематеріального активу офіційний сайт компанії Simcord. URL: <https://www.simcord.com/ua/news/first-buy-and-sell-transaction-of-the-bitbon-blockchain-token-as-an-intangible-asset-between-ukrainian-companies-in-the-world> (дата звернення: 15.02.2020).

⁷⁹ Там само.

⁸⁰ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 330.

⁸¹ Арістова І.В. Теоретико-правові засади інформаційних правовідносин. *Юридична відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері та основи інформаційної деліктології* : колективна монографія. Київ : КВУЦ, 2019. С. 18.

⁸² Там само.

⁸³ Венгеров А.Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. 3-е изд. Москва : Юриспруденция, 1999. 528 с.

функціональних систем, відповідно до якого саме «система» постає тим ізоморфним принципом, який проникає через усі кордони, що історично склалися між різними науками⁸⁴. Важливо, що системоутворювальним чинником правової системи є мета – «забезпечення належного правопорядку в суспільстві».

По-третє, установлено, що правова система («за предметом правового регулювання») включає різні сфери (підсистеми) суспільних відносин, які є предметом правового регулювання різних галузей права – адміністративного, цивільного, інформаційного тощо. При цьому кожна підсистема має зробити свій «внесок» у досягнення зазначеного результату (мети), корисно взаємодіючи з іншими підсистемами. По-четверте, у сучасних умовах розвитку інформаційного суспільства не лише збільшується обсяг інформації (зокрема правової), а й усвідомлюється її значення та роль у процесах соціальної взаємодії. Зазначена тенденція, серед іншого, вплинула й на виникнення інформаційної сфери – сфери суспільних інформаційних відносин, і на отримання стрімкої динаміки формування інформаційних відносин, і на формування потреби в їх упорядкуванні за допомогою відповідних норм – норм інформаційного права. Ураховуючи те що інформація «проникає в усі сфери суспільних відносин», підкреслювалося, що саме наука інформаційного права покликана очолити науковий пошук шляхів ефективного досягнення мети формування та функціонування правової сфери.

По-п'яте, переходячи від загального до конкретного, доведено доцільність дослідження одного з правових засобів механізму правового регулювання – правовідносин з позиції загальної теорії функціональних систем. При цьому мета так саме має бути системоутворювальним чинником. Якщо мета не може бути досягнута в межах одного (простого) правовідношення, то формується складне правовідношення, зокрема комплексне. Останнє правовідношення включає різні галузеві правовідносини, наприклад, цивільне та інформаційне. Варто звернути увагу на те, що цивільне може поставати основним, оскільки мета пов'язана зі сферою інтелектуальної власності. Водночас інформаційне правовідношення є забезпечувальним, оскільки допомагає здійсненню цивільного правовідношення. Тобто це приклад взаємодії сфери інтелектуальної власності та інформаційної сфери. До речі, аналогічна модель формується в разі взаємодії інформаційної сфери

⁸⁴ Анохин П.К. Принципиальные вопросы общей теории функциональных систем : монография. URL: <https://goo.gl/hgbmvz> (дата звернення: 15.02.2020).

з іншими сферами суспільних відносин. Отже, як зазначено в роботі⁸⁵, існують усі підстави вважати правову сферу в умовах інформаційного суспільства інтегративною інформаційною сферою.

Як показали дослідження, ще одним важливим аспектом у сфері охорони права ІВ, зокрема технологічної, є так звані смарт-контракти, пов'язані з використанням цифрових активів, а також здійсненням волевиявлення та виконання зобов'язань учасників таких відносин⁸⁶. Вище вже розкрито особливості смарт-контрактів: вони вважаються виконаними від моменту здійснення транзакції завдяки природі технології блокчейн. Звідси випливає, що з появою розумних контрактів убачається можливим укладання угод і виконання зобов'язань у новій автоматизованій формі⁸⁷. Підсумовуючи сказане, варто наголосити, що смарт-контракт може бути використаний не лише як альтернатива цивільному договору в письмовій формі, а й у вигляді доказу на підтвердження того чи іншого юридичного факту, наприклад, майнових прав. До того ж однією з переваг смарт-контрактів на базі технології блокчейн є їх спроможність щодо захисту конфіденційності й особистої інформації про особу, що укладає цей контракт⁸⁸.

Отже, у другій частині статті надано загальну характеристику місця: 1) правотворчості, тобто відповідних правових засобів права інтелектуальної власності й інформаційного права, у забезпеченні охорони права інтелектуальної власності ІТ-компаній – «правова охорона»; 2) інструментів цифрової економіки (блокчейн, цифровий актив, смарт-контракт, токен блокчейну) у забезпеченні охорони права інтелектуальної власності в умовах інформаційного суспільства – «технологічна охорона».

⁸⁵ Арістова І.В. Теоретико-правові засади інформаційних правовідносин. *Юридична відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері та основи інформаційної деліктології* : колективна монографія. Київ : КВУЦ, 2019. С. 15.

⁸⁶ Дмитриева Г.К. Цифровые финансовые активы: проблемы коллизионного регулирования. *Актуальные проблемы российского права*. 2019. № 5 (102). С. 121.

⁸⁷ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 328.

⁸⁸ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 327.

3. Інтелектуальна власність у Європейському Союзі в умовах інформаційного суспільства: стан правотворчості й досвід для України

У межах концепції дослідження пропонуємо дослідити стан правотворчості у сфері інтелектуальної власності країн ЄС в умовах інформаційного суспільства, а також з'ясувати можливості запозичення Україною позитивного досвіду цих країн щодо забезпечення права інтелектуальної власності з урахуванням глобалізації цифрової економіки. На нашу думку, це може стати в нагоді в процесі впровадження високих стандартів охорони права інтелектуальної власності (далі – ІВ) фізичних і юридичних осіб на національному рівні. Проведені дослідження дали можливість переконатися, що право інтелектуальної власності ЄС, попри довгий шлях свого становлення, включаючи процеси уніфікації та гармонізації законодавства держав-членів ЄС, дійсно, характеризується досить ефективною системою охорони цього права⁸⁹.

Варто зазначити, що система охорони права інтелектуальної власності в ЄС здійснює провідний вплив на законодавство інших країн Європи внаслідок усе більшої інтеграції цифрової економіки таких країн із ЄС, укладання ЄС угод про партнерство і співробітництво або про асоціацію⁹⁰. Як показали дослідження, особливу роль досвід держав-членів ЄС має для України, що відображено й в Угоді про асоціацію⁹¹, глава 9 якої присвячена саме ІВ.

Аналіз літератури⁹² дав змогу з'ясувати, що під інтелектуальною власністю, відповідно до практик Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) і Світової організації торгівлі (далі – СОТ), пропонують розуміти водночас як промислову власність, так і сферу авторських і суміжних прав. Отже, права інтелектуальної власності мають подвійний зміст: вони надають виключні майнові права, а також (більшою мірою стосовно авторських прав і меншою мірою стосовно промислової власності) особисті або немайнові права.

⁸⁹ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 1.

⁹⁰ Там само.

⁹¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована із заявою Законом від 16.09.2014 № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 15.02.2020)

⁹² Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 15.02.2020).

З огляду на це, за традицією, право інтелектуальної власності ЄС прийнято поділяти на право промислової власності й авторське право⁹³. Разом із тим цей розподіл закріплено у двох конвенціях: Паризькій конвенції про охорону промислової власності та Бернській конвенції про охорону літературних творів і творів мистецтва⁹⁴.

Проведені дослідження дали змогу встановити, що еволюція права ІВ в Європі має давню історію й бере свій початок ще з перших десятиліть XIV століття⁹⁵. Водночас проведені дослідження сприяло усвідомленню того, що на сучасному етапі охорона права інтелектуальної власності ЄС має все ж такі риси єдиної сформованої системи⁹⁶. З іншого боку, уважаємо за необхідне зазначити, що виникає потреба в обґрунтуванні системності охорони права інтелектуальної власності за визначенням П.К. Анохіна – фахівця з теорії функціональних систем⁹⁷. Дійсно, ця система покликана слідувати двом чітким векторним спрямуванням: 1) формування єдиної гармонізованої системи охорони прав інтелектуальної власності в межах самого ЄС; 2) прагнення в ЄС стимулювати створення ефективних систем охорони права ІВ в третіх країнах і сприяти розвитку міжнародного співробітництва в цій сфері⁹⁸ з урахуванням умов цифрової економіки, які суттєво впливають на розвиток нових технологій.

З огляду на те що система права ЄС має дворівневу систему, що включає, по-перше, загальноєвропейські правові документи (директиви), а по-друге, національні правові документи, цілком закономірним є те, що правова основа охорони права інтелектуальної власності ЄС складається з численних директив, регламентів, угод та інших нормативно-правових актів⁹⁹. До того ж під час формування європейських

⁹³ Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС : навчальний посібник. Київ : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. С. 9.

⁹⁴ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 15.02.2020).

⁹⁵ Бояр А.О. Єдина політика ЄС у сфері інтелектуальної власності: передумови, формування системи, проблеми і перспективи. *Науковий вісник Волинського державного університету імені Лесі Українки. Серія «Економічні науки»*. 2006. № 1. С. 278.

⁹⁶ Там само.

⁹⁷ Анохин П.К. Принципиальные вопросы общей теории функциональных систем : монографія. URL: <https://goo.gl/hgbmvz> (дата звернення: 15.02.2020).

⁹⁸ Бошицький Ю.Л. Деякі питання кодифікації чинного законодавства України в сфері інтелектуальної власності в контексті міжнародних стандартів. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 3. С. 188.

⁹⁹ Шабалін А.В. Деякі питання захисту права інтелектуальної власності в ЄС. *Теорія і практика інтелектуальної власності. Захист прав інтелектуальної власності*. Київ. 2019. № 6. С. 48.

стандартів правової охорони авторських і суміжних прав від 1988 року виділяють чотири етапи розвитку, що зумовлені: 1988–1994 рр. – політичною ініціативою ЄС із запровадження програми гармонізації; 1995–2001 рр. – розвитком інформаційного суспільства й ухваленням Інтернет-договорів ВОІВ; 2008–2009 рр. – політикою з утворення економіки на основі знань; 2010–2018 рр. – політикою з утворення єдиного цифрового ринку ЄС¹⁰⁰. Проаналізувавши наведені результати, маємо певні питання щодо чинників, відповідно до яких розвивалося авторське право й суміжні права в ЄС: політика з утворення економіки на основі знань чи політика з утворення єдиного цифрового ринку ЄС? На нашу думку, єдиний цифровий ринок має розвиватися в інформаційному суспільстві, заснованому на знанні.

Нагадаємо, що в другій частині статті акцентовано увагу на охороні об'єктів права інтелектуальної власності ІТ-компаній, зокрема на комп'ютерних програмах і базах даних на національному рівні. Оскільки з'ясовано, що правова охорона програм і баз даних у країнах ЄС здійснюється відповідно до спеціальних Директив, вважаємо за доцільне проаналізувати, як саме гарантується забезпечення охорони цих об'єктів. Зокрема, Директива 2009/24/ЄС щодо правової охорони комп'ютерних програм установлює виключні права й обов'язки користувача комп'ютерної програми, які не містяться в угоді про торговельні аспекти інтелектуальної власності ТРІПС або в Бернській конвенції¹⁰¹. При цьому Директива визнає комп'ютерні програми, що охороняються нормами Бернської конвенції, як «літературні твори» й указує, що нею не надаються будь-які права щодо охорони «інтерфейсу, ідей чи принципів функціонування комп'ютерної програми» (ст. 1 п. 2 Директиви)¹⁰². Останні, за загальним правилом¹⁰³, є предметом патентної охорони, яку опосередковано погоджено в Директиві в ст. 8¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 6.

¹⁰¹ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 15.02.2020).

¹⁰² Директива 2009/24/ЄС. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1490881026820&uri=CELEX:32009L0024> (дата звернення: 15.02.2020).

¹⁰³ Чиби́сов Д.М. Патентование компьютерных программ по праву ВТО: проблемы правовой квалификации и правоприменительная практика. *Таджикистанский ежегодник международного публичного и частного прав.* 2016. № 4/30. С. 106.

¹⁰⁴ Там само.

Водночас подібні положення стосуються й бази даних, які впроваджено в Директиві 96/9/ЕС¹⁰⁵. Проведені дослідження дали можливість установити, що правова охорона надається будь-якій базі даних незалежно від форми її створення¹⁰⁶. При цьому варто зазначити, що правова охорона баз даних не поширюється на комп'ютерні програми, які забезпечують доступ до них і їх функціонування. Для значної кількості випадків передбачена можливість визнання як первинного суб'єкта авторського права на твір не його творця, а інвестора-виробника¹⁰⁷. У зв'язку з цим варто зазначити, що в Україні існує дещо інший підхід, про який ішлося в другому розділі роботи.

Проведений аналіз дав змогу з'ясувати, що в багатьох країнах застосовується комплексний підхід до охорони комп'ютерних програм, який включає, окрім норм авторського права, ще й норми патентного права, договірне право, законодавство про недобросовісну конкуренцію, про комерційну таємницю тощо. До того ж установлено, що в деяких країнах ініційовані спроби створити спеціальну правову систему охорони комп'ютерних програм¹⁰⁸.

Загалом наведені результати сприяли усвідомленню того, що нині практично всі розвинені країни активно використовують норми патентного права. Разом із тим установлено, що в частині країн ЄС реєстрація винаходів здійснюється лише після експертизи по суті, яка розглядає винахід на предмет відповідності критеріям охороноздатності. Унаслідок цього видача патенту суттєво ускладнюється через тривалу й досить дорогую процедуру, але власники отримують такий охоронний документ, який має значну економічну цінність і який третій стороні нелегко анулювати в судовому порядку¹⁰⁹.

Установлено¹¹⁰, що інша група країн здійснює реєстрацію винаходів після простої формальної експертизи, видані патенти залишаються «слабкими» й можуть бути легко анульовані внаслідок

¹⁰⁵ Директива ЄС 96/9/ЄС від 11.03.1996. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/994_241 (дата звернення: 13.02.2020).

¹⁰⁶ Там само.

¹⁰⁷ Еннан Р.Є. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2010. С. 11.

¹⁰⁸ Потехіна В.О. Охорона інтелектуальної власності в умовах глобалізації : навчальний посібник. Київ : КУП НАНУ, 2009. С. 181.

¹⁰⁹ Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС : навчальний посібник. Київ : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. С. 58.

¹¹⁰ Там само.

судового позову¹¹¹. Уважаємо за необхідне акцентувати увагу на тому, що ще із 70-х років у ЄС ведеться мова про створення єдиного патенту ЄС, який би діяв на території всіх держав-членів Співтовариства¹¹². Проте, як показали дослідження¹¹³, на сучасному етапі й досі спостерігаються певні невирішеності щодо запровадження єдиного патенту з одночасною дією на території всіх держав-членів¹¹⁴. Водночас у ЄС запроваджено єдину правову охорону промислових зразків на території ЄС¹¹⁵.

Отже, маємо підстави стверджувати, що система правової охорони права інтелектуальної власності в ЄС зазнає постійних удосконалень і доповнень. Водночас важливо, що її ефективність дійсно стимулює розвиток безпечних ринкових відносин у Європі. Доречно підкреслити, що в такому аспекті було б доцільно впровадження єдиного підходу та, відповідно, наближення українського законодавства до законодавства ЄС у сфері ІВ¹¹⁶.

З приводу цього вважаємо, що варто погодитися з Ю.М. Капіцею¹¹⁷, який обґрунтував пропозиції щодо впровадження в Україні сталого механізму наближення законодавства України у сфері ІВ до законодавства ЄС, а саме здійснення наближення законодавства у сфері ІВ з урахуванням вимог Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС»¹¹⁸, що передбачає вищі стандарти наближення, ніж визначені Угодою про

¹¹¹ Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС : навчальний посібник. Київ : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. С. 59.

¹¹² Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС : навчальний посібник. Київ : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. С. 63.

¹¹³ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 6.

¹¹⁴ Там само.

¹¹⁵ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 7.

¹¹⁶ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 23.

¹¹⁷ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 33.

¹¹⁸ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС : Закон України від 18.03.2004 № 1629-IV. Дата оновлення: 04.11.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15> (дата звернення: 13.02.2020).

асоціацію¹¹⁹. Водночас у роботі поділяється позиція щодо розроблення Концепції охорони авторського права і суміжних прав у цифровому середовищі¹²⁰. До речі, у розділі II роботи спеціальна увага приділялася оцифруванню об'єктів авторського права, наданню доступу до творів у цифровій формі, застосуванню цифрових ідентифікаторів тощо.

Уважаємо за важливе дослідити стан технологічної охорони права інтелектуальної власності в ЄС та інших країнах світу. Передусім варто зазначити, що в розділі I роботи з'ясовано, що саме технологія блокчейн є тією платформою, яка гарантує охорону права ІВ завдяки своїм функціональним характеристикам. Ураховуючи те що ще в 1991 році ідею технології блокчейн викладено в статті Хабера і Сторнетта¹²¹, цілком закономірно, що ця технологія постійно розвивалася й у США, і в країнах ЄС. Водночас, як показали дослідження О.О. Кудь¹²², у багатьох країнах світу одиницею обліку блокчейну є токен, який вважається спекулятивним активом. На нашу думку, унаслідок існування ризику швидкого знецінювання спекулятивних активів саме вони є слабким ланцюжком під час упровадженні ідеї смарт-контрактів задля передачі майнових прав на об'єкти ІВ.

Що стосується охорони права ІВ шляхом оцифрування відповідних об'єктів ІВ (створення унікальних цифрових копій), то на базі технології блокчейн це, безумовно, можливо завдяки створенню цифрового активу, який має унікальний ідентифікатор та обертається в блокчейні. Тобто виникає потреба у використанні спеціальної методики діагностики токenu на відповідність цифровому активу¹²³. Уважаємо, що необхідно розуміння фахівців з технологічної охорони права ІВ в зарубіжних країнах, що запропонована українська методика робить цифровий актив зрозумілим для норм чинного законодавства в межах кожної конкретної юрисдикції та є основою для юридично

¹¹⁹ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 33.

¹²⁰ Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. С. 34.

¹²¹ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 16.

¹²² Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 71.

¹²³ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 66–70.

захищеної реалізації права власності на цифровий актив відповідно до всіх чинних міжнародних стандартів¹²⁴.

Аналіз літератури¹²⁵ дав змогу з'ясувати, що сьогодні поняття «цифровий актив» у багатьох країнах на законодавчому рівні й досі не закріплено. Водночас більшість країн-членів ЄС виступають за врегулювання та впровадження блокчейну у правове поле. Варто зазначити, що нині в нормативно-правових актах багатьох країн світу спостерігається використання таких понять, як «криптовалюта», «віртуальна валюта» та «цифровий актив», зокрема правове регулювання цих об'єктів відображено в праві ЄС, а також у практиці Європейського суду з прав людини та Суду ЄС. Підсумовуючи, варто зазначити, що прогрес і перспективи цифрових активів вимагають реального правового врегулювання цих об'єктів із закріпленням основоположних понять, утворених у цій сфері.

Отже, проведені дослідження стану правотворчості країн ЄС, а саме щодо охорони права ІВ в цих країнах в умовах цифрової економіки, дають змогу дійти висновку: а) правовий аспект цієї охорони є вельми корисним для України, що вимагає конструктивного впровадження; б) водночас технологічна охорона права ІВ в цих країнах може впроваджувати окремі новації України.

ВИСНОВКИ

Отже, проведені дослідження дають змогу дійти резюмувати таке:

1. Обґрунтовано, що перевірку висунутої наукової гіпотези варто здійснювати на базі міждисциплінарних досліджень, а саме: загальної теорії права, інформаційного права, права інтелектуальної власності, загальної теорії функціональних систем, новітніх знань з інформаційних технологій, цифрової економіки.

2. Переконалися, що на правотворчість у сфері інтелектуальної власності здійснюють вплив: а) цифрова економіка та її інструменти (блокчейн, цифровий актив, токен блокчейну, смарт-контракт), тобто економічний фактор; б) європейська інтеграція України, тобто політичний фактор.

3. Установлено, що завдяки одній із категорії технології блокчейн – цінності, а також потенціалу його природи щодо

¹²⁴ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 71.

¹²⁵ Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. С. 257.

самостійного сприяння всебічному формуванню довірчих, прозорих, рівних відносин у суспільстві виникає реальна можливість охорони прав людини, зокрема права ІВ, а саме технологічної охорони. Переконалися, що ефективність застосування цієї технології у сфері ІВ може посилюватися завдяки своїм функціональним можливостям, зокрема щодо обліку як інформації, так і прав, поданих у вигляді інформаційного ресурсу, а також створення середовища обертання цих прав.

4. Дійшли висновку, що, з огляду на властивості цифрового активу, перспективним напрямом технологічної охорони права ІВ є реєстрація об'єктів цього права у вигляді інформаційного ресурсу, так зване оцифрування. З'ясовано, що ще одним перспективним напрямом технологічної охорони права ІВ є впровадження ідеї смарт-контрактів на базі розподіленого реєстру. Водночас установлено, що й під час упровадження ідеї смарт-контрактів на базі розподіленого реєстру, і під час вирішення проблеми ліквідації анонімності користувачів блокчейну виникає потреба в комплексному використанні інструментів цифрової економіки й правових засобів інформаційного права та права інтелектуальної власності.

5. Розкрито особливості правової охорони інтересів учасників суспільних відносин в ІТ-компаніях, інтелектуальними продуктами яких є передусім комп'ютерні програми й бази даних. Визначено підходи до правової охорони прав особистого та майнового характеру для фізичної та юридичної особи. З'ясовано підстави для охорони об'єктів творчої діяльності ІТ-компаній авторським чи патентним правом. Наведено характеристику патентів українських ІТ-компаній, які охороняють, наприклад, ідею цифрового активу.

6. Установлено особливості першої у світі угоди між українськими компаніями з купівлі-продажу токenu блокчейну Bitbon як нематеріального активу. Водночас усвідомлено, що досягненню цієї мети сприятиме дослідження комплексних правовідносин (цивільно-інформаційних), тобто правових засобів як права інтелектуальної власності, так й інформаційного права.

7. Обґрунтовано, що впровадження високих стандартів охорони права ІВ фізичних і юридичних осіб на національному рівні сприятимуть наявні в зарубіжних країнах підходи до забезпечення правової охорони зазначеного права. Визначено пропозиції щодо наближення законодавства України у сфері інтелектуальної власності й інформаційного законодавства до відповідного законодавства ЄС.

8. Поетапна перевірка висунутої наукової гіпотези дала змогу дійти висновку щодо її справедливості. Разом із тим задля досягнення поставленої мети пропонуємо формування відповідного механізму – системного утворення, невід’ємними складниками якого є правова охорона (правові засоби права інтелектуальної власності й інформаційного права); технологічна охорона (інструменти цифрової економіки); європейські стандарти охорони права інтелектуальної власності. Між зазначеними складниками – зв’язки взаємосприяння. Існує потреба в подальшому опрацюванні наведеної пропозиції.

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню впливу цифрової економіки та європейської інтеграції на правотворчість у сфері інтелектуальної власності в умовах розбудови інформаційного суспільства й інформаційного законодавства в Україні. Для досягнення мети висунуто наукову гіпотезу: необхідною умовою належного забезпечення права інтелектуальної власності в умовах розбудови суспільства знань в Україні є комплексне використання правових засобів інформаційного права й права інтелектуальної власності, інструментів цифрової економіки (технологія блокчейн, токен блокчейн, цифровий актив, смарт-контракт) і відповідного досвіду Європейського Союзу. Обґрунтовано доцільність використання міждисциплінарного підходу для перевірки гіпотези. Установлено, що потенціал природи блокчейну та одна з його категорій – цінність – дають реальну можливість технологічної охорони права інтелектуальної власності. З’ясовано перспективні напрями технологічної охорони: «оцифрування» зазначеного права; упровадження смарт-контрактів. Розкрито особливості правової охорони інтересів учасників суспільних відносин в ІТ-компаніях, інтелектуальними продуктами яких є комп’ютерні програми та бази даних. З’ясовано підстави для охорони цих продуктів авторським чи патентним правом. Обґрунтовано потребу у взаємодії правових засобів права інтелектуальної власності й інформаційного права під час дослідження комплексних правовідносин задля належного виконання угод щодо розпорядження майновими правами на інтелектуальну власність. Установлено позитивні результати правової охорони права інтелектуальної власності в Європейському Союзі. Визначено пропозиції щодо наближення законодавства України у сфері інтелектуальної власності та інформаційного законодавства до відповідного законодавства Європейського Союзу. Запропоновано системний механізм охорони

права інтелектуальної власності в умовах розбудови інформаційного суспільства й інформаційного законодавства в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. G20 Програма по розвитку и сотрудничеству в сфере цифровой экономики (Итоговый документ 2016). URL: (дата звернення: 12.02.2020).

2. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.01.2018 № 67-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-shvalennya-koncepciyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizaciyi> (дата звернення: 15.02.2020).

3. Яновицька Г.Б., Кучер В.О. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / за ред. Г.Б. Яновицької. Львів : Новий Світ-2000, 2014. Т. 1. 444 с.

4. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована із заявою Законом від 16.09.2014 № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 15.02.2020).

5. Арістова І.В. Наука «Інформаційне право» на новому етапі розвитку інформаційного суспільства. *Правова інформатика*. 2011. № 1. С. 3–11.

6. Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні» : Постанова Верховної Ради України від 03.07.2017 №1565-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. №33. Ст. 1163.

7. К обществам знаний : Всемирный доклад ЮНЕСКО. Париж : Изд-во ЮНЕСКО, 2005. 211 с.

8. Арістова І.В., Курило В.І., Калугін О.Ю. Впровадження інформаційно-комунікаційних технологій в аграрний сектор економіки України: організаційно-правовий аспект : монографія / за заг. ред. І.В. Арістової. Київ : Редакційно-видавничий центр НУБіП України, 2014. 193 с.

9. Беляков К.І. Інформатизація в Україні: проблеми організаційного-правового та наукового забезпечення : монографія. Київ : КВІЦ, 2008. 576 с.

10. Кудь О.О., Кучерявенко М.П., Смичок Є.М. Цифрові активи та їх економіко-правове регулювання : монографія. Харків : Право, 2019. 384 с.

11. Скаун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. 2-е вид., перероб. і доп. Харків : Еспада, 2009. 752 с.

12. Что такое блокчейн простыми словами. URL: (дата звернення: 15.02.2020).

13. Харитонов С.О., Харитонova О.І. ІТ-право: теорія та практика : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. Одеса : Фенікс, 2019. 472 с.

14. Kud A.A. Substantiation of the term “digital asset”: economic and legal aspects. *International Journal of Education and Science*. 2019. P. 1–20. DOI 10.26697/ijes.2019.1.06/

15. Бойко Н.О. Смарт контракти – чи справді договори та чи дійсно «розумні». URL: <https://unba.org.ua/publications/3169-smart-kontrakti--chi-spravdi-dogovori-ta-chi-dijsno-rozumni.html> (дата звернення: 15.02.2020).

16. Солодовников Н.В. Смарт-контракты: как они работают и зачем нужны. URL: <https://www.pgplaw.ru/news/comments-in-the-media/smart-contracts-how-they-work-and-why-you-need> (дата звернення: 15.02.2020).

17. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. Москва : Проспект, 1996. 704 с.

18. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 №№ 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

19. Баранова Л.М., Бегова Т.І. Цивільне право : підручник : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право. 2011. Т. 1. 656 с.

20. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

21. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 15.02.2020).

22. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 № 3687-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3687-12> (дата звернення: 15.02.2020).

23. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 15.02.2020).

24. Жуванов Д.М., Стогній Є.С. Яку форму правової охорони обрати для комп'ютерної програми? URL: <https://romanenko.biz/ua/publikatsii/41-publications-copyright-ua/106-yaku-formu-pravovoji-okhoroni-obrati-dlya-komp-yuternoji-programi> (дата звернення: 15.02.2020).

25. Коваль М.С. Права інтелектуальної власності на створений ІТ-продукт: проблемні моменти. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA009095 (дата звернення: 15.02.2020).

26. Офіційний сайт Українського інституту інтелектуальної власності. URL: <https://ukrpatent.org/uk> (дата звернення: 15.02.2020).

27. Офіційний сайт компанії Simcord. URL: <https://www.simcord.com/ua/legal-information-patents> (дата звернення: 15.02.2020).

28. Патент на винахід «Спосіб здійснення транзакції з передачі цифрової цінності (цифрового активу) та система передачі цифрових цінностей для його здійснення». *Офіційний сайт компанії Simcord*. URL: <https://www.simcord.com/ua/legal-information-patents> (дата звернення: 15.02.2020).

29. Система Bitbon. Офіційний сайт компанії Simcord. URL: <https://www.simcord.com/ua/bitbon-system> (дата звернення: 15.02.2020).

30. Перша у світі угода між українськими компаніями з купівлі-продажу точену блокчейну Bitbon як нематеріального активу офіційний сайт компанії Simcord. URL: <https://www.simcord.com/ua/news/first-buy-and-sell-transaction-of-the-bitbon-blockchain-token-as-an-intangible-asset-between-ukrainian-companies-in-the-world> (дата звернення: 15.02.2020).

31. Арістова І.В. Теоретико-правові засади інформаційних правовідносин. *Юридична відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері та основи інформаційної деліктології* : колективна монографія. Київ : КВУЦ, 2019. С. 36–62.

32. Венгеров А.Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. 3-е изд. Москва : Юриспруденция, 1999. 528 с.

33. Анохин П.К. Принципиальные вопросы общей теории функциональных систем : монография. URL: <https://goo.gl/hgbmvz> (дата звернення: 15.02.2020).

34. Дмитриева Г.К. Цифровые финансовые активы: проблемы коллизийного регулирования. *Актуальные проблемы российского права*. 2019. № 5 (102). С. 120–128.

35. Капіца Ю.М. Уніфікація і гармонізація законодавства з охорони прав інтелектуальної власності держав-членів ЄС та законодавства України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. 43 с.

36. Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС : навчальний посібник. Київ : ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. 156 с.

37. Бояр А.О. Єдина політика ЄС у сфері інтелектуальної власності: передумови, формування системи, проблеми і перспективи. *Науковий вісник Волинського державного університету імені Лесі України. Серія «Економічні науки»*. 2006. № 1. С. 277–284.

38. Бошицький Ю.Л. Деякі питання кодифікації чинного законодавства України в сфері інтелектуальної власності в контексті міжнародних стандартів. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 3. С. 187–192.

39. Шабалін А.В. Деякі питання захисту права інтелектуальної власності в ЄС. *Теорія і практика інтелектуальної власності. Захист прав інтелектуальної власності*. Київ, 2019. № 6. С. 46–54.

40. Директива 2009/24/ЄС. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1490881026820&uri=CELEX:32009L0024> (дата звернення: 15.02.2020).

41. Чибисов Д.М. Патентование компьютерных программ по праву ВТО: проблемы правовой квалификации и правоприменительная практика. *Таджикистанский ежегодник международного публичного и частного прав*. 2016. № 4/30. С. 104–113.

42. Директива ЄС 96/9/ЄС від 11.03.1996 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/994_241 (дата звернення: 15.02.2020).

43. Еннан Р.Є. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2010. 22 с.

44. Потехіна В.О. Охорона інтелектуальної власності в умовах глобалізації: навчальний посібник. Київ: КУП НАНУ, 2009. 354 с.

45. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС: Закон України від 18.03.2004 № 1629-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15> (дата звернення: 15.02.2020).

Information about authors:

Aristova I. V.,

Doctor of Law, Professor,

Head of the Department of Administrative and Information Law

Sumy National Agrarian University

160, Herasym Kondratiev Street, Sumy, Ukraine

Karpik Yu. A.,

Student of Master's degree of Law

Sumy National Agrarian University

160, Herasym Kondratiev Street, Sumy, Ukraine

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

Балюк Г. І., Ковальчук Т. Г.

ВСТУП

Постійність проявів екологічного ризику для життя і здоров'я людей, а також докільля внаслідок небезпечних впливів техногенного та природного характерів зумовлюють необхідність активного пошуку дієвих заходів та підходів, спрямованих на попередження настання таких впливів, ліквідацію їх наслідків у разі виникнення небезпек, надзвичайних екологічних ситуацій. Чільне місце в системі таких заходів відводиться державно-правовому механізму, який передбачає цілу систему заходів і засобів, що спрямовані на гарантування екологічної безпеки, зокрема розвиток і вдосконалення законодавства в цій сфері.

Оскільки система правовідносин, що формують екологічну безпеку, постійно змінюється, перебуває в динамічному русі, так само постійно змінюється і законодавство у сфері гарантування екологічної безпеки. Особливо це виявляється щодо напрацювання процедур, спрямованих на попередження виникнення небезпек. Не останню роль у цьому відіграють так звана «глобалізація», або «інтернаціоналізація» норм екологічної безпеки, запровадження обов'язкових вимог на загальносвітовому рівні, регіональне співробітництво, зокрема тенденція гармонізації окремих положень національного законодавства з європейськими нормами безпеки, урахування позитивного досвіду правового регулювання, накопиченого міжнародною спільнотою. Подальшого розвитку набуває вдосконалення екологічного законодавства – спрямування його насамперед на захист суб'єктивного права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля.

Правові норми щодо гарантування екологічної безпеки містяться сьогодні в більшості законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, тим самим справляючи комплексний, міжгалузевий вплив на регламентацію правовідносин у різних сферах діяльності, особливо щодо здійснення екологічно небезпечної діяльності. Наявність розвиненої системи джерел права у сфері екологічної безпеки – суттєва умова забезпечення здійснення права громадян на екологічно безпечне для життя і здоров'я довкілля.

1. Стан сучасного законодавства України у сфері гарантування екологічної безпеки

Положення щодо гарантування екологічної безпеки містяться в Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.¹, у якій виділено окремий розділ «Екологічна безпека», у Конституції України², Основних напрямках державної політики України в галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки (1998 р.)³, Законі «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р.⁴ та інших нормативно-правових актах. Конституція України не лише проголосила право громадян на безпечне для життя та здоров'я довкілля, а й передбачила систему гарантій цього права.

Особливу увагу екологічній безпеці приділено в Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р.⁵ (р. XI, ст.ст. 50–59). Норми цього розділу закріплюють екологічні вимоги щодо окремих видів діяльності: інвестиційної, господарської та у процесі розміщення і розвитку населених пунктів (містобудівної) (ст.ст. 51, 59); транспортних засобів (ст. 56); щодо проведення наукових досліджень, упровадження відкриттів, винаходів, застосування нової техніки, імпортного устаткування, технологій і систем (ст. 57) та щодо військових оборонних об'єктів і військової діяльності (ст. 58), а також вимоги щодо охорони довкілля від неконтрольованого та шкідливого біологічного впливу (ст. 53); від акустичного, електромагнітного, іонізуючого та іншого шкідливого впливу фізичних факторів і радіоактивного забруднення (ст. 54); від забруднення виробничими, побутовими, іншими відходами (ст. 55); у процесі застосування засобів захисту рослин, мінеральних добрив, токсичних, хімічних речовин та інших препаратів (ст. 52).

¹ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. *Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки*. 1990. № 31. Ст. 429.

² Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Про основні напрями державної політики України в галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки : постанова Верховної Ради України від 5 березня 1998 р. № 188/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 38. Ст. 248.

⁴ Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241.

⁵ Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

Діяльність, яка перешкоджає здійсненню права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50 Конституції України), підлягає припиненню в порядку, установленому законодавством України, зокрема в судовому порядку. Підставою для припинення діяльності підприємства є систематичне порушення екологічних нормативів (зокрема, нормативів екологічної безпеки) й екологічних стандартів, що не можуть бути усунені з технічних, економічних та інших причин.

Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» закріплює повноваження органів держави у сфері екологічної безпеки. Зокрема, на Верховну Раду України покладається встановлення правового режиму зон надзвичайної екологічної ситуації, статусу потерпілих громадян, визначення повноважень рад, порядку організації та діяльності органів управління в галузі гарантування екологічної безпеки та прийняття до свого розгляду інших питань у цій сфері.

Норми, що регулюють питання екологічної безпеки, містяться не лише в законодавчих актах власне екологічного спрямування, а й актах іншого законодавства, спрямованого на регулювання різних видів діяльності. Це, зокрема, нормативно-правові акти, які:

- визначають статус органів місцевого самоврядування та їхні повноваження в галузі гарантування екологічної безпеки, передбачені Законом України «Про місцеве самоврядування» від 21 травня 1997 р.;

- закріплюють статус органів центральної та місцевої виконавчої влади, спеціалізованих структур у галузі екологічної, зокрема техногенно-екологічної, безпеки: Закон України «Про Раду національної безпеки і оборони України» від 5 березня 1998 р., Положення про Державну службу України з надзвичайних ситуацій, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 16 грудня 2015 р., та інші;

- спрямовані на захист життя та здоров'я людей і довкілля від надзвичайних ситуацій техногенного і природного характеру, які містяться, зокрема, у законах України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18 січня 2001 р., «Про забезпечення санітарного і епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р.;

- регламентують забезпечення екологічних вимог, зокрема вимог екологічної безпеки, у надзвичайних ситуаціях: закони України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 р., «Про зону надзвичайної екологічної ситуації» від 13 липня 2000 р. тощо;

- зобов'язують дотримуватися вимог екологічної безпеки в межах територій і зон, на яких запроваджено режим надзвичайних

екологічних ситуацій: Закон України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 27 лютого 1991 р.;

– спрямовані на забезпечення ядерної і радіаційної безпеки (як складників і передумови екологічної безпеки) у процесі використання ядерної енергії, видобування та переробки уранових руд, поводження з радіоактивними матеріалами і відходами та радіаційний захист населення: закони України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» від 8 лютого 1995 р., «Про поводження з радіоактивними відходами» від 30 червня 1995 р., «Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії» від 11 січня 2000 р., «Про фізичний захист ядерних установок, ядерних матеріалів, радіоактивних відходів, інших джерел іонізуючого випромінювання» від 19 жовтня 2000 р., «Про захист людини від впливу іонізуючого випромінювання» від 14 січня 1998 р.;

– містять вимоги щодо гарантування екологічної безпеки у процесі стандартизації і сертифікації продукції, товарів тощо: Закон України «Про стандартизацію» від 5 червня 2014 р.;

– закріплюють вимоги екологічної безпеки під час здійснення інвестиційної, інноваційної, містобудівної та іншої господарської діяльності: закони України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р., «Про ринок електричної енергії» від 13 квітня 2017 р. та інші;

– містять комплекс спеціальних вимог щодо гарантування екологічної безпеки в разі здійснення діяльності в аграрному секторі економіки: закони України «Про сільськогосподарську кооперацію» від 17 липня 1997 р., «Про особисте селянське господарство» від 15 травня 2003 р., «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р.;

– встановлюють вимоги екологічної безпеки у процесі здійснення деяких специфічних видів діяльності, що можуть негативно впливати на стан екологічної ситуації: Закон України «Про космічну діяльність» від 15 листопада 1996 р.;

– визначають вимоги екологічної безпеки у процесі використання хімічних та інших токсичних, шкідливих і небезпечних речовин, їх сполук, продуктів біотехнологій, інших біологічних агентів, а також мінеральних добрив, зокрема пестицидів і агрохімікатів: закони України «Про пестициди і агрохімікати» від 2 березня 1995 р., «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» від 31 травня 2007 р. та інші;

– спрямовані на регламентування екологічної безпеки у процесі реалізації продукції, товарів та захисту прав споживачів: закони України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р., «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», у редакції від 22 липня 2014 р., та інші;

– закріплюють нормативно-правові вимоги щодо гарантування екологічної безпеки у сфері територіальної та цивільної оборони: Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р., Закон України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р.;

– визначають склад правопорушень у цій сфері та підстави і порядок притягнення винних осіб за їх учинення до дисциплінарної, адміністративної, кримінальної, цивільної, еколого-правової відповідальності. Такими є, зокрема, норми, що містяться в Кодексі законів про працю України від 10 грудня 1971 р., Кодексі України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р., Кримінальному кодексі України від 5 квітня 2001 р., Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 р., Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 р., Кодексі України про надра від 27 липня 1994 р. тощо;

– регламентують діяльність правоохоронних органів у галузі гарантування екологічної безпеки: Закон України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р.

Зазначимо, що законодавство у сфері гарантування екологічної безпеки в Україні розвивається динамічно і передбачає сукупність важелів як регламентуючого, так і забезпечувального спрямування.

Однак, на нашу думку, варто враховувати реальний стан чинного вітчизняного екологічного законодавства, якому притаманні такі недоліки:

– надмірна декларативність законів, відсутність чітко відпрацьованого механізму дії їх приписів, унаслідок чого такі закони «обростають» численними підзаконними актами, які нерідко інтерпретують положення законів на догоду відомчим інтересам, ще гірше – на догоду однієї особи (згадаймо хоча б історію приватизації Межигір'я) чи окремих «кланів» і вихолощують їхню суть;

– дублювання однакових норм у різних законах та інших нормативних актах;

– невиправдана поспішність у підготовці й ухваленні низки законів та інших нормативних актів;

– слабка соціологічна забезпеченість підготовки проєктів еколого-правових нормативних актів, відсутність аналізу соціально-економічних та інших наслідків ухвалення рішень;

– відсутність комплексного підходу до регулювання екологічних суспільних відносин тощо.

Приєднуємося до думки Ю. Шемшученка про те, що «у праві немає або практично немає місця для експериментів – за кожним рішенням, спрямованим на створення і реалізацію права, стоять долі людей і інтереси громадян, суспільства, держави. Тому право повинно бути максимально досконалим і системним»⁶.

На наш погляд, наведений висновок повною мірою поширюється на екологічне законодавство у сфері гарантування екологічної безпеки, яке потребує подальшого розвитку.

Як передумови подальшого розвитку екологічного законодавства України можна вибрати різні за масштабами, сферою прояву, значенням, стилем прояву й ефективністю дії чинники соціального, економічного, політичного та правового життя. Зазначений відбір залежить багато в чому від цілі його проведення, частково – від підходу до поняття даної галузі законодавства, від визначення етапів його розвитку тощо.

І все ж, на нашу думку, безспірно, що вирішальними передумовами подальшого розвитку екологічного законодавства України на будь-якому етапі незалежно від широкого чи вузького розуміння предмета правового регулювання є: 1) по-перше, соціально-екологічна криза (об'єктивний чинник); 2) по-друге, державна екологічна політика (суб'єктивний чинник).

Обидва зазначені чинники не меншою, якщо не більшою, мірою піддаються із плином часу (інколи дуже швидко) змінам під впливом інших явищ і процесів, найрізноманітніших за змістом. Розглянемо їх як певну даність у статистиці, у показниках сьогодення, залишивши за рамками в даному разі їхні динамічні характеристики.

Соціально-екологічна криза являє собою сукупність станів та змін навколишнього середовища, його компонентів і зв'язків між ними, що характеризується стабільним погіршенням і зростанням загроз людині та природі. Як бачимо, соціально-екологічна криза, як одна з передумов подальшого розвитку екологічного права, має дві складові частини: соціальну й екологічну. У даному разі на особливу увагу заслуговує саме екологічна складова частина зазначеного явища ⁷.

⁶ Шемшученко Ю. Виміри порівняльного правознавства. *Право України*. 2013. №№ 3–4. С. 15–21.

⁷ Надоша О. Теоретико-методологічний аналіз сталого розвитку в контексті сучасних дослідницьких підходів. *Державне управління: удосконалення і розвиток*. 2011. № 10. С. 17.

Екологічна криза – це якісна зміна параметрів природного середовища, його біологічних, фізичних, хімічних компонентів, що призводить до порушення умов життєдіяльності людини. За джерелами виникнення екологічні кризи поділяють на два типи: 1) спричинені природними процесами; 2) спричинені діяльністю людини. За масштабами соціально-екологічні кризи оцінюються як: глобальні, національні та регіональні⁸.

Проявами соціально-екологічної кризи, які спостерігаються на даному етапі в Україні, є: 1) виснаження природних ресурсів; 2) погіршення їхньої якості та зниження споживної цінності; 3) погіршення умов життєдіяльності людини, стану здоров'я людей під впливом чинників середовища перебування; виникнення загрози життю (живих організмів, зокрема людини)⁹.

Дуже часто як прояви соціально-екологічної кризи визначають і чинники міжнародного масштабу, зокрема: руйнування озонового шару; зміну клімату; підвищення рівня вод Світового океану; зміни температурних характеристик в окремих районах Землі; засмічення космічного простору; зникнення тварин і рослин (тобто знищення біорозмаїття); погіршення якості атмосферного повітря внаслідок антропогенних навантажень у промислових районах та містах і транскордонного перенесення шкідливих речовин; зниження запасів прісної води в окремих регіонах земної кулі; масштабне споживання невідновлюваних природних ресурсів; перевиробництво відходів, поява нових захворювань людини, тварин і рослин, їх генетичні зміни тощо.

Зазначимо, що зміст названих чинників (якісні та кількісні їхні характеристики) в Україні певною мірою усвідомлені і враховуються під час ухвалення правотворчих і правореалізуючих рішень. Наприклад, для попередження змін клімату вживаються заходи щодо обмеження виробництва, використання та транспортування озоноруйнуючих речовин, здійснюються багаторічні програми щодо попередження вирубки лісів, розширення їх площ (наприклад, Програма «Посади дерево» тощо). З метою боротьби із забрудненням навколишнього середовища вводяться заборони на виробництво і використання шкідливих хімічних речовин і продукції, яка їх містить, установлюються особливі правила безпеки під час випуску

⁸ Данилов-Данильян В., Лосев К. Экологические вызовы и устойчивое развитие. Москва, 2000. С. 407.

⁹ Надоша О. Теоретико-методологічний аналіз сталого розвитку в контексті сучасних дослідницьких підходів. *Державне управління: удосконалення і розвиток*. 2011. № 10. С. 17.

генно-інженерно-модифікованих організмів у відкрите навколишнє середовище, стимулюється використання багаторазових пакувальних матеріалів, вводяться ліміти на розміщення відходів і квоти на викиди шкідливих речовин в атмосферу.

Однак, як свідчить реальний стан і аналіз практики реалізації екологічного законодавства в Україні, прояви екологічної кризи часом ігноруються або ж компетентними структурами докладається недостатньо зусиль, а інколи ця криза посилюється і непередбаченою державною екологічною політикою та недосконалим законодавством, корумпованим екологічним управлінням і низкою інших чинників.

Як відомо, традиційно зі сплесками науково-технічного прогресу світ пов'язує свої надії на скоріше усунення складних соціальних суперечностей, якісні зміни в системі виробництва, поліпшення стану довкілля, підвищення рівня комфорту існування людини. Здавалося б, доводячи до досконалості техніку і технології, здобуваючи фундаментальні знання про власну природу, довкілля і всесвіт, людство має стати більш досконалим, благополучним і щасливішим. Проте разом із «приборканням» атома з'явилися проблеми ядерної та радіаційної безпеки та Чорнобилю. Поряд із прогресом медицини і фармації виникли такі феномени, як фармакологічне забруднення організму людини, з'явилися нові хвороби й інфекції. Разом із розшифруванням геному людини, проникненням у структуру ДНК живих організмів і створенням генетично модифікованих продуктів стало зростати побоювання, що довкілля поступово перетвориться на «постприроду» із новими істотами та штучно змодельованими процесами, а сама людина – на «постлюдину» зі штучними органами, технологічними імплантатами, нелюдськими властивостями і непередбачуваними душевними процесами. Із цими твердженнями можна погоджуватись або ні. Зрештою, біотехнологія та генна інженерія – це лише знання й інструменти для досягнення тих чи інших суспільних цілей. Інша річ – система «стримувань і противаг», яка має тримати ці цілі у правовому і моральному полі. Саме в цьому сьогодні є складні проблеми.

Висловлена думка, що змінити ситуацію на краще в Україні можна лише за допомогою територій зі спеціальним екологічним «статусом»¹⁰. У такому разі, на нашу думку, усю територію України варто віднести до території зі спеціальним екологічним режимом. Однак, чи

¹⁰ Про рекомендації Парламентських слухань щодо дотримання вимог екологічного законодавства в Україні, напрямів реалізації і вдосконалення екологічної політики: постанова Верховної Ради України від 7 грудня 2000 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2130-14>.

сприятиме ухвалення такого рішення вирішенню наявних проблем. Уважаємо, що ні.

На нашу думку, на рівні із Законом «Про охорону навколишнього природного середовища» в Україні необхідний закон про захист людини від шкідливого доквілля. Якщо навіть аналогів такого закону немає у світовій практиці, це зовсім не означає, що такий закон не потрібний. Насправді, що і кого тільки не захищають наші закони. Важко навіть перелічити. І формально всі вони захищають людину або вищі людські цінності. Але коли йдеться про конкретні явища, виявляється, що всі ці закони спрямовані радше на охорону окремих об'єктів доквілля або навколишнього природного середовища загалом.

Як уже було зазначено, сьогодні в Україні ухвалено чимало законів, які регулюють екологічні відносини, спрямовані на гарантування екологічної безпеки. Але зазвичай цих законів не дотримуються. На жаль, на сором нам, сьогодні вони менш дієві, ніж це було за радянських часів. Досвід, накопичений протягом останніх 25 років, на нашу думку, показує, що держава не завжди проявляє себе як «хороший власник і господар» у сфері природокористування, охорони доквілля та гарантування екологічної безпеки.

Зокрема, про правопорушення у сфері природокористування в Україні не чув хіба що глухий. На наш погляд, тільки жорсткі адміністративні приписи здатні сьогодні протистояти натиску егоїстично-кримінальних інтересів, які нині культивуються в суспільстві, зокрема у сфері природокористування та гарантування екологічної безпеки.

Принагідно зауважимо, що викладені положення не претендують на завершеність, беззаперечність і категоричність, авторам хотілося б, щоб вони послуговували одним з імпульсів для подальших дискусій стосовно порушених проблем.

Зокрема, у Кримінальному кодексі (далі – КК) України є стаття 246 («Незаконна порубка лісу»), згідно з якою відповідальність настає лише за умови завдання істотної шкоди. Оцінювати її до 2012 р. були уповноважені органи Державної екологічної інспекції, а після – це була прерогатива виключно державної екологічної експертизи, якою зазвичай на рівні областей займався лише один експерт.

До речі, якщо до 18 лютого 2016 р. перелік покарань у ст. 246 КК України мав продовження – із «конфіскацією незаконно добутого», то тепер цю норму вилучено. Тож, якщо керуватись нормою Закону, то у крадіїв неможливо вилучити автотранспорт і бензопили, з якими вони їздять «на роботу» до лісу, і навіть зрубану деревину.

Зазначимо, що ці кардинальні зміни запроваджено ухваленим Верховною Радою України Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, що містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та спеціальної конфіскації»¹¹. Назва напрочуд довга, а суть коротка: крім заборони конфіскації незаконно зрубаної деревини, вилучили норму ст. 248 КК України («Незаконне полювання»), за якою підлягали конфіскації: «збраряддя і засоби полювання та все добуते».

Отже, як говорили давні римляни, запитаймо: кому ці нововведення вигідні? Відповідь на запитання, можливо, дозволить нам зрозуміти, що йдеться вже не про банальні крадіжки, а про добре організований кримінальний бізнес, який має «дах» на найвищому рівні.

Можливо, у Європі крадену деревину й автомобілі, на яких її вивозять, справді не вилучають. Однак відомо, що штрафи там такі, що крадій сам продасть не лише збраряддя злочину, а й значну частину власного майна, щоб розрахуватись за завдану шкоду і не потрапити за ґрати. Після цього сам не вчинятиме «незаконні порубки лісу», а й іншим закаже.

Складна ситуація не тільки з лісами, а й на морі. Особливо на Азовському морі, яке фактично окуповане фінансово-промисловими компаніями. Унікальне Азовське море перетворюється на брудну калюжу і стає розсадником хвороб замість того, щоби там можна було оздоровлюватися. Адже морське узбережжя має відігравати свою роль рекреаційного спрямування. Те саме можна сказати і про Чорне море.

Саме тут хотілося б нагадати про те, що ще в 1975 р. відомий учений, наш Учитель, Мунтян В. у своєму дисертаційному дослідженні зазначав, що екологія стає теоретичним підґрунтям поведінки людини індустріального суспільства у природі, а право – основним її результатом¹². Однак, на жаль, поки що цього не склалося.

¹¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, що містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та спеціальної конфіскації : Закон України від 18 лютого 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 11. Ст. 127.

¹² Мунтян В. Правовые проблемы рационального природопользования : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Киев, 1975. С. 7.

2. Проблеми систематизації законодавства України у сфері гарантування екологічної безпеки

До того ж сьогодні гостро постало питання систематизації екологічного законодавства України.

По-перше, із природоресурсних кодифікаційних актів варто буде вилучити застарілі норми, дублюючі положення та колізії як усередині ресурсних підгалузей, так і на рівні галузевих еколого-правових взаємодій, заповнити прогалини у правовому регулюванні. Деякою мірою відповідні прогалини можуть бути усунені шляхом підвищення до законодавчого рівня окремих регулюючих положень підзаконних нормативно-правових актів.

По-друге, варто вжити заходів консолідуючого характеру: у кожній із природоресурсних підгалузей на даний час паралельно із відповідними кодексами діють значна кількість профільних законів. Так, земельні відносини, поряд із Земельним кодексом України, регулюються такими законами, як: «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р., «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р., «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19 червня 2003 р., «Про землеустрій» від 22 травня 2003 р. тощо. Усі ці законодавчі акти треба об'єднати «під одним дахом» Земельного кодексу шляхом консолідації, водночас значно спростивши механізми правореалізації.

Аналогічна ситуація спостерігається у правовому регулюванні відносин щодо надр, де поряд із Кодексом України про надра від 27 липня 1994 р. діють також Гірничий закон України від 6 жовтня 1999 р, закони України «Про державну геологічну службу України» від 4 листопада 1999 р., «Про концесії» від 3 жовтня 2019 р., «Про угоди про розподіл продукції» від 14 вересня 1999 р. та інші. Зазначене свідчить про наявність підстав для проведення нового етапу кодифікації законодавства в цій сфері, потребу в новій редакції Кодексу України про надра з метою поліпшення кількісних і якісних характеристик відповідного законодавства.

Новий етап систематизаційних дій очікує й регулювання лісових та флористичних відносин.

Сьогодні вже ні для кого не є секретом, що суттєво відстає від потреб практики, що стрімко розвивається, регулювання водних відносин. Уже було кілька невдалих спроб переглянути Водний кодекс України, чинна редакція якого ухвалена 6 червня 1995 р., у процесі першої хвилі кодифікації природоресурсного законодавства України. Уважаємо, що нагальним на другому етапі систематизації

екологічного законодавства має стати й упорядкування водного законодавства України шляхом розроблення нової редакції Водного кодексу України.

Історично, ще з радянських часів, склалося так, що базове природоресурсне регулювання формувалося в основному у формі кодексів. Лише фауністичне, флористичне й атмосфероохоронне законодавство мали на своїй вершині закони як головні джерела підгалузей. Уважаємо, що на другому етапі цього процесу має бути кодифіковане також законодавство про тваринний світ і атмосферне повітря шляхом ухвалення Кодексу України про тваринний світ та Кодексу України про атмосферне повітря. У другому з означених документів важливо повернутися до поєднання у процесі регулювання суто охоронного аспекту з регламентацією відносин щодо використання атмосферного повітря, що надасть даному нормативно-правовому акту ознак комплексності, яких йому нині бракує.

Систематизація екологічного законодавства повинна синхронізуватися з аналогічною спрямованістю законотворчих дій у деяких інших галузях законодавства, що мають органічні зв'язки з екологічною сферою та норми яких несуть виражене екологічне навантаження.

Це, зокрема, стосується ядерного законодавства. Воно регулює ядерні відносини, що склалися в Україні. Правова ситуація, що склалася в державі в цій сфері, характеризується значною розпорошеністю важливих положень ядерного права в сотнях нормативно-правових актів різної юридичної сили, різної сфери застосування, що спричинено значною кількістю суб'єктів нормотворчості. У результаті масив відповідних правових документів нині не становить єдиної, належно узгодженої системи. Актам, які створювались під егідою різних міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, часто бракує комплексності в регулюванні, вони не позбавлені дублюючих і суперечливих положень, що створює колізії у процесі правозастосування. Деякі регулятивні положення, що містяться в підзаконних актах, потребують підвищення їхньої юридичної сили до законодавчого рівня. Є й такі положення ядерного законодавства, що мають тимчасовий характер, а отже, мають бути скасовані як такі, що втратили своє регульовальне значення.

Особливі вимоги ставить перед ядерним законодавством України і проголошений курс на європейську інтеграцію, однією з найважливіших умов якої є адаптація ядерного законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Україна є учасницею всіх основних

міжнародних договорів із питань розвитку ядерної енергетики, гарантування ядерної та радіаційної безпеки. Під егідою Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) та її спеціалізованих установ, насамперед МАГАТЕ, крім того, напрацьовано значну кількість резолюцій, які, хоча й не є актами обов'язкової сили, мають для держав та інших суб'єктів міжнародного права рекомендаційний характер, однак дають чіткі орієнтири щодо розвитку національних правових систем у певній сфері. На жаль, відповідні міжнародні документи не завжди належно враховані у правовій системі України під час регламентації ядерних відносин.

Уважаємо, що за цих обставин нашальним є питання розроблення й ухвалення Ядерного кодексу України. Не торкаючись усіх аспектів опрацювання проєкту цього кодексу, зауважимо, що він має кореспондувати екологічному законодавству, зокрема майбутньому Екологічному кодексу, у питаннях гарантування екологічної безпеки під час розміщення, проєктування, реконструкції й експлуатації ядерних об'єктів, залучення громадськості до ухвалення рішень, що стосуються розвитку ядерної енергетики, здійснення державного контролю за додержанням вимог охорони довкілля, екологічної безпеки у процесі експлуатації АЕС, перевезенні, складуванні й утилізації ядерних відходів і відпрацьованого ядерного палива, інформування громадськості про стан ядерної та радіаційної безпеки тощо.

Синхронно з екологічною сферою варто також здійснювати систематизаційні дії в царині містобудівного законодавства. Останнє також уже пройшло шлях накопичення нормативно-правового матеріалу, який нині потребує систематизації. Водночас має бути забезпечено належне врахування вимог охорони навколишнього природного середовища в містобудівній діяльності, зокрема у плануванні територій, розвитку населених пунктів, спорудженні окремих об'єктів містобудування. Обнадійливі перспективи в цьому контексті пов'язувались із розробленням проєкту Містобудівного кодексу України, який було підготовлено й узято за основу Верховною Радою ще 30 червня 2010 р. (постанова Верховної Ради України № 2376–VI). На жаль, остаточній редакції цього законопроєкту не довелося побачити світ, насамперед у зв'язку з відсутністю належного опрацювання його концептуальних засад, реальної кодифікації правових норм, лише формальним поєднанням в одному акті положень різних законів. Натомість 13 січня 2011 р. ухвалено проєкт закону України № 2943–VI «Про регулювання містобудівної діяльності», нормами якого під виглядом удосконалення

дозвільних і погоджувальних процедур у будівництві було практично знівельовано базові вимоги екологічного законодавства. Уважаємо за необхідне повернутися до розроблення проєкту Містобудівного кодексу України, а оптимальним часом розгортання відповідних робіт вважаємо період після ухвалення Екологічного кодексу України.

Пов'язаним систематизаційним процесом в екологічній сфері, на наш погляд, повинна стати й кодифікація енергетичного законодавства. Це законодавство в Україні натеper також являє собою розгалужену систему, значна частина норм якої прямо чи опосередковано взаємодіють з екологічним законодавством у регулюванні різних аспектів розвитку енергетики, зокрема щодо використання природних енергоресурсів, розміщення енергетичних об'єктів, будівництва ліній електропередач, їх експлуатації й охорони, енергозбереження, використання альтернативних джерел енергії тощо. Розроблення Енергетичного кодексу України є перспективним законотворчим кроком, який також має бути узгодженим із відповідними процесами в екологічному законодавстві.

Окремий законодавчий блок сьогодні в Україні становить законодавство про захист населення та територій від екологічно несприятливих наслідків надзвичайних ситуацій природного та техногенного походження. На даний час відповідне законодавство не впорядковане і позбавлене уніфікованих концептуальних засад. Уже була спроба кодифікувати законодавство з питань правового режиму територій, що постраждали від Чорнобильської катастрофи, та захисту населення, яке перебуває на радіоактивно забруднених територіях. Проєкт Чорнобильського кодексу України (реєстр. № 9254 від 20 березня 2006 р.) був внесений на розгляд Верховної Ради України IV скликання і лишився нерозглянутим. Серед причин, які спонукали до розроблення цього Кодексу, було названо: розпорошеність норм цього законодавства по різних законах та підзаконних нормативних актах, неприпустимі згідно із принципом верховенства права в державі (ст. 8 Конституції України) розбіжності між підзаконними й нормативними актами та законами, тобто брак комплексного підходу до врегулювання «чорнобильських» проблем, належного механізму контролю за неухильним виконанням відповідних норм і положень внутрішнього законодавства та міжнародних нормативно-правових актів, неналежне фінансування заходів, передбачених законами України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 р. та «Про правовий

режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 27 лютого 1991 р.

Уважаємо, що зазначені проблеми мають бути вирішені у процесі кодифікаційних робіт щодо адміністративного, екологічного, фінансового та деяких інших галузей законодавства.

Крім сказаного, важливою складовою частиною регулювання екологічних відносин в Україні є екологізація інших галузей вітчизняного законодавства. Специфіка еколого-правових норм полягає в тому, що вони часто діють не безпосередньо, а через регулювання конкретної господарської чи іншої діяльності. Від того, наскільки органічно вплетені екологічні імперативи у тканину інших галузей законодавства, значною мірою залежить дієвість всієї системи еколого-правового регулювання. Важливо водночас усвідомлювати, що йдеться про норми, що не належать до галузі екологічного законодавства, а значить, і не входять до сфери його систематизації, але ці норми повинні бути враховані, простежені як такі, що забезпечують ефективність відповідних систематизаційних дій. Важливо, щоб відповідні норми не просто дублювали приписи екологічного законодавства, будучи механічно перенесеними до інших галузей, а відображали б специфіку тієї чи іншої галузі регулювання: господарської, цивільної, фінансової, адміністративної, трудової чи інших.

Важливо підкреслити, що становлення нової правової системи, на нашу думку, в Україні відбувається складно, суперечливо. Сьогодні робота з упорядкування законів і нормативно-правових актів екологічного спрямування є слабкою, недостатньо ефективною. Існують великі проблеми, пов'язані з відсутністю стратегічності в цьому сегменті, тобто його нестабільності.

Не вирішують проблеми в повному обсязі і численні законодавчі «латки» – зміни і доповнення до чинного законодавства. Фактично новачки часто запроваджуються указами Президента України чи постановами Кабінету Міністрів України.

Такий стан речей викликає своєрідне відчуття безперспективності у проведенні кодифікаційних робіт у сфері, пов'язаній із регулюванням екологічних відносин, щодо гарантування екологічної безпеки.

Зазначена ситуація веде до таких негативних наслідків. По-перше, правозастосувачу стає важко орієнтуватися в законодавстві, яке швидко змінюється. Ми маємо деякі кодекси, які стали рікою, у яку неможливо ввійти двічі. Особливо у програшне становище потрапляють усі пересічні громадяни. Якщо професійний юрист, якість роботи якого прямо

пропорційно залежить від підтримання в актуальному стані своїх знань про зміни чинного законодавства, користується однією з автоматизованих довідникових правових систем або виписує «Відомості Верховної Ради України», «Офіційний вісник», то інші громадяни не мають можливості обтяжувати свій бюджет такою статтею витрат. Коли громадянину необхідно ознайомитися із правовою нормою, він придбаває відповідний кодекс у найближчому книжковому магазині. У ситуації, що склалася, імовірність того, що куплений кодекс виявиться застарілим, досить висока.

Практично неможливо сьогодні придбати чинні кодекси в останній редакції, оскільки за той час, поки видання готується до друку, виходить з типографії і надходить на прилавки, у цей нормативний правовий акт вносяться нові зміни. Це, у свою чергу, веде до слабкого знання населенням законодавства, негативно відбивається на підготовці юридичних кадрів.

Збереження практики хаотичних і частих змін значною мірою нівелює плюси кодифікації, оскільки громадяни, навіть ознайомившись зі змістом кодексу, виданим у поточному місяці, ризикують пропустити зміни в законодавстві, внесені законодавцем після підписання видання до друку.

Помилковою була б відмова від внесення змін у кодифіковане законодавство, яке не може бути заклякним і повинно відповідати потребам сучасного суспільства, яке швидко змінюється. У зв'язку із цим, видається, необхідно знайти компромісне рішення, яке б дозволило водночас підтримувати динамізм кодифікованих законів і забезпечувало їхню стабільність, доконечно необхідну для усвідомлення змісту чинних правових норм права населенням, озброєння юристів, що практикують, якісними екземплярами кодексів, економії матеріальних ресурсів суспільства тощо.

Із цією метою варто запропонувати як обов'язкову умову ухвалення законів, які вносять зміни в кодифікований нормативний правовий акт, положення, згідно з яким усі поправки набувають чинності 1 січня наступного року. Це дозволить представникам юридичної науки і педагогічному складу навчальних закладів юридичного профілю отримати можливість якісно готувати навчальний процес, не боячись, що посеред навчального року несподівано велика кількість наукової та навчальної літератури із предмета курсу, який викладається, безнадійно застаріє, а заміна її з'явиться через невідомий проміжок часу.

Виняток із правил, на нашу думку, можна зробити лише для змін у КК України, які стосуються зниження кримінальної відповідальності чи декриміналізації окремих діянь. Такий виняток може бути пояснено тим, що явний пріоритет над зручністю користування законами мають скасування кримінального переслідування або зниження міри покарання.

Розглядаючи юридичну парадигму як гуманітарну систему, можна констатувати, що юридична парадигма, яка нині діє (функціонує), перебуває на етапі кризи компетентності – етапі нездатності повною мірою вирішувати нові правові завдання, що постали перед Україною, по-новому. Немає довіри ні законам, ні законодавцю, ні третій, формально незалежній судовій владі як правозастосувачу, ні правоохоронним органам, одним словом, нікому. Як зазначають фахівці, невіра у право стала нормою, і наші проблеми, пов'язані з удаваністю демократії та неефективністю законодавства, виростають саме з невіри у право, невіри, яка становить основу нашого правового нігілізму. А він (правовий нігілізм) притаманний сьогодні не лише пересічним громадянам, але і державним службовцям, законодавцю і більшості юристів-практиків¹³.

Криза, «страхуючи» систему моделей, які утворюють юридичну парадигму, змушує її підсистеми вибудовуватися в новому полі цілісності, допомагає їй (системі) визначити свої найбільш глибокі, найбільш нагальні (пекучі) цінності й інтереси, зокрема щодо гарантування екологічної безпеки.

У реальному житті це проявляється у виникненні нових, що конкурують із традиційними, типів праворозуміння і правових теорій, нових механізмів правового регулювання, адекватних умовам, які з'явилися, нових ефективних способів розгляду і вирішення (старих невирішених і нових, зумовлених змінами) визначальних завдань екологічної юридичної теорії і юридичної практики, зокрема завдання реального вдосконалення екологічного законодавства і формування правових законів, а також проведення кодифікаційних робіт та інших, спрямованих на гарантування екологічної безпеки.

Аналіз чинного екологічного законодавства і практики його реалізації показує, що зміни, які відбуваються в суспільно-політичному житті України, прямо впливають на «старіння» еколого-правових норм, що призводить до їхньої неефективності, а проведення

¹³ Лаптева Л. Юридическое мировоззрение и законодательство в России. Москва : Юр. лит., 2012. С. 362.

широкомасштабних реформ спонукає до оновлення практично всіх галузей законодавства, які є складовою частиною комплексної системи законодавства, як екологічне, а також проведення кодифікаційних робіт у зазначеній сфері.

Отже, актуальність дослідження процесів кодифікації екологічного законодавства визначається триваючим процесом кодифікації галузевого законодавства і незавершеністю його теоретичного осмислення.

Зокрема, сьогодні потрібен компроміс між приватноправовими та публічно-правовими інтересами у сфері регулювання екологічних відносин та гарантування екологічної безпеки. Основним джерелом цього має стати особливий характер екологічних прав людини й обов'язку держави їх забезпечити і гарантувати реалізацію, що, у свою чергу, зумовлено потребами громадянського суспільства.

Сповідувана авторами пізнавальна позиція дозволила переосмислити власні підходи, внесені раніше пропозиції, спрямовані на вдосконалення систематизаційних процесів в еколого-правовій сфері, зокрема шляхом кодифікації.

Так, підтримуючи ідею розроблення Екологічного кодексу, доцільно зазначити, що ми сьогодні маємо справу з тим рідкісним випадком, коли не існує освяченої століттями традиції і можна працювати над концепцією кодифікації екологічного законодавства, спираючись лише на суспільну доцільність, європейські цінності та принципи права¹⁴.

Говорячи про можливість результатів саме кодифікації, хотілося б навести думку українських теоретиків, які вважають, що кодифікаційний акт не тільки впорядковує чинне законодавство, а й якісно його вдосконалює, методологічно «ушляхетнює». Досконалий кодекс сам собою є свідченням високого рівня розвитку юридичної науки та нормотворчості у країні і водночас потужним поштовхом до подальших наукових досліджень відповідної галузі, розроблення та видання нових нормативно-правових актів на виконання його приписів¹⁵.

Розвиток кодифікаційної діяльності вимагає суворого наукового обґрунтування видів нормативних правових актів, які підлягають використанню, а також чіткого визначення їхнього місця в системі законодавства.

Моделювання на початковому етапі передбачає ідентифікацію основних елементів, з яких надалі буде вибудовуватися основа такої

¹⁴ Жилінкова І. Правове явище інтернет-відносин. *Право України*. 2003. № 5. С. 125.

¹⁵ Загальна теорія держави і права: підручник / М. Цвік та ін.; за ред. М. Цвіка, О. Петришина. Харків: Право, 2011. 584 с.

моделі. Що стосується кодифікаційної діяльності в еколого-правовій сфері, тут за основні елементи моделі виступають кодифікаційні нормативні правові акти. Їх сучасне місце в системі екологічного законодавства неоднозначне. Ця обставина утруднює процес моделювання і підлягає усуненню насамперед.

Натепер склалося подвійне становище стосовно юридичної сили результатів кодифікації.

Конституція України не виокремлює в групу кодифіковані нормативні правові акти. Офіційно вони не наділяються більшою юридичною силою, ніж той вид правового матеріалу, який ними систематизований. На практиці норми кодифікованих нормативних правових актів застосовуються з перевагою перед нормами некодифікованих нормативних правових актів аналогічної юридичної сили.

Підмічено, що таке становище призвело до появи в науковому середовищі думки стосовно наявності в кодифікованих нормативних правових актів пріоритету перед іншими нормативними правовими актами тієї ж юридичної сили.

Очевидна двоякість ситуації, яка склалася, з одного боку, кодифіковані нормативні правові акти офіційно не наділяються будь-ким підвищеною юридичною силою і повинні діяти нарівні з іншими нормативними правовими актами того ж рівня та виду. Із другого боку, кодифіковані нормативні правові акти у своїх текстах встановлюють пріоритет закріплених ними правових норм перед правовими нормами, закріпленими іншими нормативними правовими актами стосовно того самого предмета регулювання. І необхідно підкреслити, що такий пріоритет визнається як представниками науки, так і правозастосувачами, а також, що особливо важливо, підтверджується актами обов'язкового тлумачення вищих судових інстанцій.

Таке становище, на нашу думку, не може бути визнане оптимальним із таких підстав. По-перше, будь-яка двоякість нормативних приписів, зокрема тих, які закріплюють колізійні норми, збільшує потенціал збою правового механізму у зв'язку з можливістю неоднозначного тлумачення і застосування правових приписів.

По-друге, виокремленого на практиці поняття пріоритету кодифікованого нормативного правового акта недостатньо для реалізації всіх можливостей кодифікації. Зокрема таких із них, як усунення колізій, що накопичилися в законодавстві.

ВИСНОВКИ

Проведений нами аналіз нормативно-правових актів і програмних документів щодо правового регулювання гарантування екологічної безпеки в Україні, а також офіційних позицій органів державної влади щодо стану систематизації екологічного законодавства України дозволяє виокремити такі характерні особливості сучасного систематизаційного процесу в галузі екологічного законодавства України:

1) з боку законодавця й органів державної влади не приділяється достатньої уваги питанню систематизації екологічного законодавства України, не дотримуються безперервність та послідовність у даному процесі.

Аналіз стратегічних програмних документів щодо розвитку екологічної політики свідчить, що в них не розглядається систематизація екологічного законодавства України як пріоритетний напрям провадження екологічної політики, як шлях покращення стану навколишнього природного середовища та забезпечення екологічних прав, як один з інструментів удосконалення екологічного законодавства;

2) держава «уникає» вирішення проблеми систематизації екологічного законодавства України та взяття відповідальності за громіздкий об'єм роботи.

Окресливши ще в 1998 р. серед основних напрямів державної політики України в галузі охорони довкілля використання природних ресурсів і гарантування екологічної безпеки¹⁶ систематизацію екологічного законодавства шляхом кодифікації та консолідації, законодавець фактично так і не перейшов до реалізації більшості їхніх складових етапів. У 2003 р. завдання щодо кодифікації екологічного законодавства шляхом розроблення проекту Екологічного кодексу України Верховна Рада України передоручила Кабінету Міністрів України¹⁷, який його не виконав. У свою чергу, у 2006 р. Кабінет Міністрів України аналогічно переказав завдання щодо проведення кодифікації екологічного законодавства України у формі Екологічного кодексу України на низку органів виконавчої влади (Мінприроди, Мін'юст, Міністерство надзвичайних ситуацій, Мінекономіки, Держкомзем, Держкомлісгосп,

¹⁶ Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки : постанова Верховної Ради України від 5 березня 1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. №№ 38–39. Ст. 248.

¹⁷ Про рекомендації парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні : постанова Верховної Ради України від 20 лютого 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 25. Ст. 182.

Держводгосп, за участю Національної академії наук України), робота яких теж не відобразилася в конкретному результаті;

3) на державному рівні відсутня будь-яка офіційно затверджена концепція систематизації екологічного законодавства.

Сама ідея затвердження такої концепції неодноразово висловлювалася науковцями-правниками. Зокрема, Л. Коморна наголошує на важливості розроблення та затвердження Верховною Радою України Концепції систематизації екологічного законодавства, яка повинна нормативно закріпити форми систематизації екологічної галузі законодавства, їхні параметри, обсяги і строки, стратегічні напрями відповідних систематизаційних робіт, відобразити методологічні підходи щодо критеріїв відбору відповідних нормативних актів, вирішити проблему обсягів законодавчого регулювання екологічних правовідносин тощо, з метою консолідації правотворчих зусиль у цій сфері та виходу на ухвалення обґрунтованих із погляду теорії систематизації законодавства законів¹⁸.

Водночас Г. Балюк наголошує на важливості проведення систематизації екологічного законодавства України на основі єдиної наукової концепції, основні положення якої полягають у визначенні: цілей і завдань систематизації даної галузі; комплексу вихідних умов систематизації, а також чинників, що впливають на фіксацію умов і меж систематизації екологічного законодавства; форм систематизації стосовно конкретного етапу розвитку екологічного законодавства, їхніх особливостей у зв'язку зі специфікою сучасного стану, тенденцій і проблем розвитку екологічного законодавства; критеріїв відбору систематизуючих нормативно-правових актів щодо обраних форм систематизації; базових правових орієнтирів законодавства, що систематизується (цілей, завдань, принципів, системи дефініційованих правових понять)¹⁹;

4) питання систематизації екологічного законодавства не є предметом активного обговорення з боку держави на різноманітних слуханнях, круглих столах, конференціях та інших публічних заходах.

Так, ще в 1999 р. Інститутом законодавства Верховної Ради України була проведена масштабна міжнародна науково-практична конференція на тему «Систематизація законодавства в Україні: проблеми теорії

¹⁸ Коморна Л. Систематизація екологічного законодавства України: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2000. 19 с.

¹⁹ Сучасні проблеми систематизації екологічного, земельного та аграрного законодавства України : збірник наукових праць Круглого столу, 18 березня 2011 р. Київ : ВГЛ «Обрії», 2011. 238 с.

і практики» за участю провідних науковців та практиків, де також порушувалося питання систематизації екологічного законодавства України. З того часу така активність держави щодо обговорення питання систематизації екологічного законодавства України не була помічена, незважаючи на плідну роботу в даному напрямі юридичної науки. Водночас сьогодні немає фахової дискусії на державному рівні щодо систематизації екологічного законодавства України, наявність якої дозволила б залучити до даного процесу зацікавлену громадськість.

Водночас систематизація екологічного законодавства України є предметом уваги на наукових конференціях і круглих столах наукових і навчальних провідних установ, наприклад, у 2005 р. на базі кафедри трудового, земельного і екологічного права юридичного факультету Київського національного університету ім. Т. Шевченка був проведений Міжнародний круглий стіл під назвою «Екологічний кодекс України: міфи та реальність»²⁰, у 2011 р. – Круглий стіл «Сучасні проблеми систематизації екологічного, земельного та аграрного законодавства України»²¹;

5) держава в особі органів державної влади стоїть на позиції щодо систематизації екологічного законодавства України шляхом його кодифікації, тобто ухвалення Екологічного кодексу України, без будь-якого обґрунтування вибору саме такої форми систематизації;

б) до процесу систематизації екологічного законодавства України з боку держави фактично не залучена наукова спільнота та майже не беруться до уваги вагомні напрацювання в даній сфері науковців-правників у галузі екологічного права.

Сьогодні широкій увазі зацікавленій цільовій аудиторії представлені серйозні напрацювання представників юридичної науки у сфері систематизації законодавства (дисертаційні дослідження²², монографії²³, публікації в наукових фахових виданнях тощо). Проблема систематизації безпосередньо екологічного законодавства є предметом уваги чималого числа науковців-правників, які оприлюднили своє бачення на численних конференціях, круглих столах і в наукових статтях.

²⁰ Екологічний кодекс України: міфи та реальність : матеріали Міжнародного круглого столу, 12–13 травня 2005 р. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2005. 115 с.

²¹ Сучасні проблеми систематизації екологічного, земельного та аграрного законодавства України : збірник наукових праць Круглого столу, 18 березня 2011 р. Київ : ВГЛ «Обрії», 2011. 238 с.

²² Меленко С. Консолідація як вид систематизації нормативно-правових актів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2002. 19 с.

²³ Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003. 220 с.

Однак прикро відзначати, що до діючого процесу систематизації екологічного законодавства України з боку органів державної влади фактично не залучається наукова громадськість, представники галузі екологічного права та його суміжних наук, даний процес не координується і не узгоджується з науковим осередком, а вагомі досягнення в даній сфері науковців-правників залишаються поза увагою.

Отже, проведений аналіз стану систематизаційного процесу в Україні в галузі екологічного законодавства України свідчить, що, на жаль, натепер Україна не може похвалитися успіхами в цій сфері. Будь-якого істотного прогресу в напрямі систематизації екологічного законодавства не спостерігається, а поодинокі ініціативи органів державної влади щодо системного вдосконалення екологічного законодавства не увінчуються жодним результатом. Водночас невирішення проблеми систематизації екологічного законодавства України не знімає це питання з порядку денного, а лише посилює його актуальність, адже кількість нормативно-правових актів у сфері охорони навколишнього природного середовища, гарантування екологічної безпеки та використання природних ресурсів лише зростає, наявні між ними суперечності та неузгодженості, інші недоліки не зникають, що негативно позначається на стані навколишнього природного середовища, забезпеченні екологічних прав, правовому регулюванні екологічних відносин та правозастосовній діяльності.

АНОТАЦІЯ

У статті проведено аналіз сучасного стану нормативно-правового регулювання гарантування екологічної безпеки України та виявлено його прогалини. Проведено класифікацію нормативно-правових актів у сфері гарантування екологічної безпеки України залежно від їхнього змісту. Внесено пропозиції щодо систематизації законодавства України у сфері гарантування екологічної безпеки. Так, зокрема, авторами підтримано висловлену у спеціальній літературі пропозицію щодо розроблення й ухвалення Екологічного кодексу України. Обґрунтовано необхідність синхронної систематизації ядерного законодавства шляхом розроблення й ухвалення Ядерного кодексу України, енергетичного законодавства шляхом розроблення й ухвалення Енергетичного кодексу України, містобудівного законодавства шляхом ухвалення Містобудівного кодексу України з метою забезпечення ефективності правового регулювання в зазначених сферах і гарантування конституційного права людини на безпечне для життя та здоров'я довкілля.

ЛІТЕРАТУРА

1. Данилов-Данильян В., Лосев К. Экологические вызовы и устойчивое развитие. Москва, 2000. С. 407.
2. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. *Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки*. 1990. № 31. Ст. 429.
3. Екологічний кодекс України: міфи та реальність : матеріали Міжнародного круглого столу, 12–13 травня 2005 р. Київ : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2005. 115 с.
4. Жилінкова І. Правове явище інтернет-відносин. *Право України*. 2003. № 5. С. 125.
5. Загальна теорія держави і права : підручник / М. Цвік та ін. ; за ред. М. Цвіка, О. Петришина. Харків : Право, 2011. 584 с.
6. Коморна Л. Систематизація екологічного законодавства України: теоретико-правове дослідження : дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2000. 19 с.
7. Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
8. Лаптева Л. Юридическое мировоззрение и законодательство в России. Москва : Юр. лит., 2012. С. 362.
9. Меленко С. Консолідація як вид систематизації нормативно-правових актів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2002. 19 с.
10. Мунтян В. Правовые проблемы рационального природопользования : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Киев, 1975. С. 7.
11. Надоша О. Теоретико-методологічний аналіз сталого розвитку в контексті сучасних дослідницьких підходів. *Державне управління: удосконалення і розвиток*. 2011. № 10. С. 17.
12. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, що містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та спеціальної конфіскації : Закон України від 18 лютого 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 11. Ст. 127.
13. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241.
14. Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки : постанова Верховної Ради України від 5 березня 1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. №№ 38–39. Ст. 248.

15. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

16. Про рекомендації Парламентських слухань щодо дотримання вимог екологічного законодавства в Україні, напрямів реалізації і вдосконалення екологічної політики : постанова Верховної Ради України від 7 грудня 2000 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2130-14>.

17. Про рекомендації парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні : постанова Верховної Ради України від 20 лютого 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 25. Ст. 182.

18. Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003. 220 с.

19. Сучасні проблеми систематизації екологічного, земельного та аграрного законодавства України : збірник наукових праць Круглого столу, 18 березня 2011 р. Київ : ВГЛ «Обрії», 2011. 238 с.

20. Шемшученко Ю. Виміри порівняльного правознавства. *Право України*. 2013. №№ 3–4. С. 15–21.

Information about the authors:

Balyuk G. I.,

orcid.org/0000-0001-5855-0142

Ph. D. (Law),

Corresponding Member of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine,
Professor of Ecological Department
Taras Shevchenko National University of Kyiv
60, Volodymyrska str., Kyiv, 01033, Ukraine

Kovalchuk T. G.,

orcid.org/0000-0003-0157-2767

Ph. D. (Law), Associate Professor,

Head of Ecological Law Department
Taras Shevchenko National University of Kyiv
60, Volodymyrska str., Kyiv, 01033, Ukraine

ADAPTATION OF CONVICTS' LEGAL STATUS TO EUROPEAN STANDARDS

Batiuk O. V.

INTRODUCTION

In 2004 already Ukraine adopted Law “On national programme of adapting legislation of Ukraine to European Union legislation”, in 2014 – “On introducing changes to Criminal executive code of Ukraine concerning adaptation of convicts’ legal status to European standards”, which laid the foundations of modifying criminal executive legislation taking European law requirements and norms into consideration, including the problems of applying physical force, special means and weapon to imprisoned convicts (international law norms call it suppressing convicts measures).

Adopting the Conception of reforming (developing) penitentiary system of Ukraine in September 2017 also became an important step in this direction, as the activity of realizing the content of penitentiary policy instead of present criminal executive policy in the sphere of punishment execution was defined to be one of its priorities.

A one of the tasks of modern reform of bodies and punishment execution institutions, which are enshrined in the Concept of the reform (the development) of the penitentiary system of Ukraine in September 2017, determined development of legislation in the field of functioning of the IIW and the PEI in accordance with legislation of the EU.

Accordingly, the putting the question regarding the international legal approaches and the practice of the application to convicts that are deprived of liberty, of the restraint measures is obvious and such that has theoretical and applied importance.

1. International legal acts and the practice of their realization

Thus, according to the art. 1 of the Statute of the Council of Europe, the EC objective is also achieved through the conclusion of agreements and the application of joint measures in the legal field¹.

In addition, scientists point to the existence of several modern processes that affect the legislative provision of the field of crime the combating, the organic constituent element of which is the criminal executive activity, namely: a) the globalization of world relations, which also entails negative consequences; b) the significant expansion of the EU recently

¹ Статут Ради Європи від 5 травня 1949 р. *Офіційний вісник України*. 2004. № 26. Ст. 17.

(the accession to the European Union of the Montenegro, the Croatia, etc.); c) the perception of the Ukraine at the level of the state of legislative work of the EU; d) the integration of Ukraine, including on the issues of the execution – serving sentences to the EU.

In the context of the explored problematic in this work, another fact that contributes the necessary the pursuit of the communist (the comparative-legal) scientific searches in the field of the execution of sentences is that despite the worldwide recognition and the distribution in Ukraine as well as in foreign countries, of sentences, which are not related to the deprivation of liberty, and of the system of probation, according to the international official data, the number of convicts in the last 15 years in the world has increased by 25–30%, and the coefficient of the convicts to the deprivation of liberty in the world is 144 per 100 thousand persons.

If you summarize all the scientific approaches that are involved in clarifying the content of the international legal acts in the field of the serving sentences, then it should be noted that most of them lead to the international standards of a general nature. These include:

- the general Declaration of the human rights;
- the Declaration of the rights of the child;
- the International covenant on the economic, the social and the cultural rights; the other.

In addition, the subject of research on the specified problematic are also the international legal sources of the special direction, namely:

- a) the minimum standard rules for the treatment of the convicts;
- b) the European penitentiary rules;
- c) the set of principles for the protection of all persons who are detained or imprisoned in any way;
- d) the other international legal acts concerning the sphere of the execution of sentences.

In doing so, the scientists have come to the conclusion that international legal acts on the legal technique of their execution was inherent in, so to speak, “the description”, whereas for the national legal sources was more inherent in “the normativity”.

Moreover, in studies of the provisions of the different international acts and standards, it is generally accepted that the term “the prison” is used to refer to any place of the isolation of a person (with the exception of the special treatment institutions), and “the imprisoned” – to identify both the convicts and persons that are arrested or placed in a special institution without the pressing charges.

In addition, based on the results of the current research, the international legal acts on the issues of the application to the convicts in the places of their isolation (and namely, in this sense are used in this work such terms, that are enshrined in the specified sources and relate to the characteristic of these individuals) of the restraint measures that are classified (it is based on the criterion of the legal regulation of the specified issues) into:

1) the international legal acts of the general nature, that is, those which are set out the general principles and approaches that are related to the legal restrictions, which are imposed on the convicts (The General Declaration of the human rights, etc.);

2) the international legal sources of the specialized content, that is, those that directly regulate the issues of the execution – the serving sentences and the treatment with the convicts;

- the minimum standard rules for the treatment with convicts;
- the EPR;
- the convention against the torture and other cruel, inhuman or degrading types of the treatment and punishment;
- the Minimum standard rules of the UN regarding the execution of the justice regarding juvenile;
- the other acts of the special content;

3) the international legal acts that directly relate to issues that are related to the application the restraint measures to convicts:

- the code of the conduct for the law enforcement officials in maintaining law and order;
- the principles of the medical ethics;
- the set of principles for the protection of all persons who are detained or imprisoned in any way;
- the other acts that are directly related to the problematic that is explored in this work.

Such approach not only made it possible to compare the content of similar regulatory sources of national and international law, but also to develop a number of scientifically sound proposals, which are aimed at improving the legal basis and order of the application in Ukraine of the measures of physical influence, special means and weapon to convicts that deprived of liberty.

In particular, such a general international legal act as the General Declaration of human rights states the following:

1. Every human has the right to life, liberty and personal safety (the article 3 of the Declaration).

In turn, in the art. 3 of the Constitution of Ukraine this provision has been expanded and has the following content: the human, his life and health, the honor and the dignity, the safety and the security are determined in Ukraine by the highest social value².

Moreover, the art. 27 of the Basic law states that everyone has an inalienable right to the life, the art. 28 – the provision about that no one can be tortured, inhuman or degrading treated or punished, and in the art. 29 – the requirement that every human has the right to liberty and the personal safety.

2. The right of convicts for the personal safety

The art. 10 “The right of convicts for the personal safety” of the CEC the procedure of actions of the administration of the PEI in case of the inception of danger to the life and health of convicts that are serving sentences in the way of deprivation of liberty was determined.

At the same time, neither in the specified norms of this Code, nor in its entirety in the chapter “The Legal status”, is not maintained that the restraint measures, which are applied to convicts that are deprived of liberty, also refer to measures of the provision the right of these persons for personal safety.

Given the specified and the provisions of the art. 3 of the Declaration, the art. 10 of the Criminal executive code of Ukraine (CEC) should be supplemented with the part 6 with the following content:

“In the defined by law cases of the provision the right of convicts for the personal safety is applied by the way of the application of the measures of physical influence, special means and weapon to offenders”.

Such an approach would organically combine the norms of the General and Special part of the CEC, that are governing the above issues and would realize at the normative level the principle of systematic construction of legal norms, even in cases of their codification.

Moreover, in the current case, the proposed changes to the art. 10 of the CEC fully reflect the content of the part 1 of the art. 106 of this Code, according to which the measures of physical influence, special means and weapon to the convicts that are deprived of liberty to prevent harming the environment by these persons.

2. Nobody must not be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment and punishment (the art. 5 of the Declaration)³.

² Конституція України. Київ : Алерта, 2019. 81 с.

³ Загальна декларація прав людини. *Збірник міжнародно-правових актів та угод з питань діяльності пенітенціарних установ і поводження з в'язнями*. Київ : Вид-во «АННА-Т», 2008. С. 13–17.

A similar provision was reflected in the art. 28 of the Constitution of Ukraine, the Convention against torture and another cruel, inhuman or degrading treatment and punishment, which has been ratified by Ukraine and which, in accordance with the requirements of the art. 9 of “The Basic law”, became part of the national legislation of our country, and also – in the part 3 of the art. 50 of the CrC and in the part 1 of the art. 1 of the Criminal executive code of Ukraine.

However, it should be noted that in the art. 106 of the CEC nothing is noticed in this regard, although the restraint measures that determined by law to convicts prisoners have objectively inherently certain physical, mental and other consequences for their application.

Based on this, and taking into account the provisions of the art. 5 of the Declaration logically would be that the art. 106 of the Code of criminal procedure should be supplemented with the part 7 of the following content:

“The application of measures of physical influence, special means and weapon is not intended to cause the physical suffering or the humiliation human dignity”.

As E. Svanidze rightly noticed in this regard, absolute prohibition of torture and inhuman or degrading treatment in all likelihood require the fight against impunity where such a prohibition is violated⁴.

The same conclusion was reached by D. Mardokh, who reasonably believes that the right to freedom from torture and to cruel, inhuman or degrading treatment and punishment is the imperative norm of the international law⁵.

Considering that one of the goals of the criminal executive legislation of Ukraine, which is enshrined in the part 1 of the art 1 of the Criminal executive code, is the prevention of the torture and inhuman or degrading treatment with convicts, the supplement to the art. 106 of this Code with the proposed provision is a reasonable and necessary measure, which, as in the previous cause, is objectively conditioned by the requirements of the General part of the Criminal executive code.

3. In the execution their rights and freedoms, every human should only be subject to such restrictions that are prescribed by law solely for the purpose of the provision of the proper recognition and of the respect, the rights

⁴ Сванидзе Э. Эффективные расследования жестокого обращения. Руководящие принципы по применению европейских стандартов. Киев : Изд-во «ВПК Экспресс-полиграф», 2011. С. 6.

⁵ Мардох Д. Борьба з жорстоким поводженням і безкарністю та ефективне розслідування жорстокого поводження. Доповідь по Україні. Київ : «К.І.С.», 2010. С. 5.

and the freedoms of others and the provision of the just requirements of the morality, the public order and the general well-being in a democratic society (the part 2 of the article 29 of the Declaration).

In the Constitution of Ukraine, the specified provision is reflected in several norms, namely:

a) the article 23, which states that every human has the right to the free development of his or her personality, without violating the right and the freedom of others, and has the duties to a society that ensures the free and full development of his personality;

b) the part 3 of the art. 63, in which it is stated that the convict enjoys all the rights of the human and citizen, except for the limitations that are specified by law and established by a verdict of the court;

c) the article 68, in which the provision that everyone is obliged to strictly abide by the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine, not to infringe on the rights and the freedoms, the honor and the dignity of others is enshrined.

Considering the provisions of the General Declaration of the rights of human and of the Constitution of Ukraine, the part 1 of the art. 106 of the Criminal executive code of Ukraine should be supplemented by the by the sentence with the following content:

“The application of the specified in the law restraint measures is a right of the persons from the number of the personnel of the colonies, even in the causes of the receiving orders from the side of their management regarding the execution of such actions”.

With this approach, it seems that not only the number of the applications to convicts that deprived of liberty, of the measures of physical influence, special means and weapon will decrease, but the principle of the rational application of coercive measures and the stimulus of the law-abiding behavior will also be implemented more substantially and effectively on the practice.

As I.S. Mykhalko rightly noticed in this regard, the peculiarity of the current principle is, first of all, in the fact that the subject of its regulation are:

– firstly, the various emergent extreme forms of the deviant behavior of the convicts, the most conflicting, deviating from the norm of relations;

– secondly, the law-abiding behavior that deserves stimulation, where the methods, the measures of the influence, the remedies

and the re-socialization of the convicts are mainly indicated and united in the content of the principle⁶.

It is for these reasons and in the order of the prevention of unlawful application to persons, serving the sentences in the educational and correctional colonies, of the specified in the law measures of the restraint nature, and so, the realization on the property level such an element of an order of the criminal executive legislation of Ukraine as the prevention of the torture and inhuman or degrading treatment with convicts, and the proposed above modification of the part of the art. 106 of the Criminal executive code of Ukraine.

So, if to summarize the results of comparing the content of the General Declaration of the rights of human and the norms of the criminal executive legislation of Ukraine, which concerns legal grounds of the application to convicts in the places of deprivation of liberty, of the restraint measures (the places of isolation – on the international legislation), then it should be noted that the latter do not conform to the specified general international normative legal act, which necessitated the development, within the framework of the current study, of appropriate science-based measures regarding the improvement, in particular, of the norms of the current Criminal executive code of Ukraine.

As the results of the study of some other common international legal acts on the specified problematic have demonstrated, the similar approaches are enshrined in these sources.

Thus, in the part. 2 of the art. 2 of The International covenant on the civil and political rights it is stated that if it has not been yet provided for by the existing legislative and other measures, each state – the a participant of this Covenant undertakes to take the necessary measures, in accordance with its constitutional procedures and the provisions of this Covenant for the taking such legislative or other measures, which may be necessary for the execution of the rights that are set out in this covenant⁷.

Moreover, in the part 2 of the art. 5 of the current general international law source enshrined that no one restriction or humiliation of any fundamental rights of the human, which are recognized or existing in the any state –

⁶ Михалко І.С. Галузевий принцип раціонального застосування примусових заходів і стимулювання поведінки засуджених як підґрунтя ефективності дії основних засобів виправлення і ресоціалізації засуджених. *Засоби виправлення і ресоціалізації засуджених до позбавлення волі* : монографія / за заг. ред. Степанюка А.Х. Херсон : Кроссрууд, 2011. С. 285.

⁷ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права : прийнятий 16 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція № 2200 А (КНКНІ)). *Збірник міжнародно-правових актів та угод з питань діяльності пенітенціарних установ і поводження з в'язнями*. Київ : Вид-во «АННА-Т», 2008. С. 38.

the participant of this Covenant by the virtue of the law, the conventions, the rules or the customs, it is not permissible on the pretext that such covenants do not define such rights or that they are less defined in such covenants.

In the same context, in the covenant, other rules that are related to the general features of the procedures of the application to convicts in the places of the deprivation of liberty (of the isolation) that are determined in the law, are formulated, namely:

1) In the part 1 of the art. 6 it is determined that the right for the life is an inherent right of every person. This right is protected by the law. No one can be arbitrarily deprived of the life.

In the current criminal executive legislation of Ukraine, despite the fact that a similar norm is in the Constitution of Ukraine (the article 27), there is no specific article on these issues, although its availability, taking into account the specified provisions and content, in particular, of the grounds of the application to convicts that are deprived of liberty, of the measures of physical influence, special means and weapon (the art. 106 of the Criminal executive code of Ukraine), is an obvious.

It is told in this case about that in the Criminal executive code of Ukraine the procedure for application regarding the persons that are deprived of liberty, the weapon as the strictest measure of influence on the person, is not defined. Only partly (in the formal view) in the part 1 and the parts 5, 6 of the article 106 of this Code in the form of remark describes the application of the weapon.

In particular, in the part 5 of the article 106 of the Criminal executive code it is specified that about every cause of the application of the weapon a report is drawn up and the prosecutor and the Commissioner of the Verkhovna Rada for the rights of human are immediately notified.

As established in the course of this study, the procedure for the application of weapon against convicts is defined in the Instruction on the organization of the protection of the criminal executive institutions of the closed type and in the Instruction on the organization of the protection and supervision in the correctional colonies, that is, this issue is governed by the by-laws normative legal acts that contrary to the requirements of the paragraph 14 of the part 1 of the article 92 of the Constitution of Ukraine, according to which this activity should be determined only by the law.

As established in this study, the procedure of the application weapon to convicts that is defined in the Instruction on the organization of the protection of the criminal executive closed-type institutions and in the Instruction on the organization of the protection and supervision in the correctional

colonies, that is, this issue is governed by by-laws normative legal acts, contrary to the requirements of the paragraph 14 of the part 1 of the art. 92 of the Constitution of Ukraine, according to which this activity should be determined only by law.

In addition, this despite the fact of the application of weapon often convicts receive firearm wounds, and this also leads to their death.

At the same time, there was a special article even in the Criminal executive code of Ukraine in 1970, in which the procedure of the application of weapon to convicts in the places of deprivation of liberty was determined (the art. 82)⁸.

Instead, in the current Criminal executive code, the legislator only stated that the application of weapon to convicts, who are deprived of liberty, is also allowed in other cases that are stipulated by the laws of Ukraine “On the National police” and “On the National guard of Ukraine” (the part 6 of the article 106 of the Code), which, according to the requirements of the criminal executive legislation of Ukraine (of the Criminal executive code; of the Law of Ukraine “On the State criminal executive service of Ukraine”; of the Law of Ukraine “On the Pre-trial Prison”, etc.), has no bearing to the protection of the PEI and the supervision for the convicts that are deprived of liberty, except in cases, which are specified in the art. 105 of the Criminal executive code.

So, today, it’s worth acknowledging that the procedure of the application of the weapon to convicts, who are held in the educational and correctional colonies of Ukraine, not only does not conform to the Constitution of Ukraine (in particular, article 92), but also to the norms of international law (such as: the part 1, of the article 6 of the International covenant on civil and political rights).

On this basis, the *Criminal executive code of Ukraine should be supplemented by the art. 106-1 “The grounds and procedure of the application of firearms to convicts that are deprived of liberty”* taking as a basis the provisions of the articles 43.46 of the Law of Ukraine “On the National police”, namely:

1. The firearm is applied to convicts that are deprived of liberty in exceptional cases, when another predicted measures of the influence on the personality of the offender failed to produce the desired result.

2. The personnel of the colonies are able to apply the firearm in the following causes:

⁸ Про затвердження Виправно-трудоного кодексу Української РСР : затверджений Законом Української РСР від 23 грудня 1970 р. № 3325-07. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1971. № 1. Ст. 6.

1) for the reflection an attack on a person of the personnel of the colony in the event of a real threat to his or her life or health;

2) for the protection of other persons, who are in the protected territory of the colony from the attack that endanger their life or health;

3) for the exemption of the hostages, who are held in the protected territory of the colony;

4) for the reflection of the attack on convoys and protected objects of colonies and the exemption them in the event of capture;

5) for the apprehending a person that was caught in a committing the serious or particularly serious crime and who tried attempting to flee;

6) for the detention of the convict, who offers armed resistance and tries to escape from custody, as well as the weaned convict, who threatens by the application of weapon and other subjects that endanger their life or health of the persons from the number of the personnel of the colonies and other persons;

7) for the stopping the vehicle by the way of the damaging it, if the convict uses it for the committing the unlawful actions and creates in such a way the endanger the life or health of the persons from the number of the personnel of the colonies and other persons.

3. Before the using firearms, the personnel of the colony is obliged to warn the convict in advance of the use and to give him sufficient time to fulfill the legitimate requirement of the person of the personnel, except the causes when a delay can cause the endanger the life or health of another person or the personnel of colony, or other grave consequences, or in the established situation, such a warning is either unjustified or impossible.

4. The warning about the application of a firearm may be the voice of a person of the personnel of the colony, but at a considerable distance to the offender or to a large group of convicts – through loudspeakers or sound amplifiers.

5. The person of the personnel of the colony who has used a firearm has the right to cause such harm to the offender, which is necessary and sufficient in such an environment.

6. In the case of injury of a convict, the person from the personnel of colony who applied firearm, is obliged to provide him with urgent medical care and to inform immediately about this case the management of the specified punishment execution institutions, as well as to apply another actions, that specified in the law.

The analogical grounds for the application of firearms are enshrined in the art. 18 of the Law of Ukraine “On the National guard of Ukraine”.

Thus, it must be acknowledged that, for both police officers and servicemen of the National Guard of Ukraine, the legislator has created the proper conditions and legal guarantees for the application of firearms in correctional and educational colonies in cases, about which is told in the part 6 of the 106 of the Criminal executive code of Ukraine.

At the same time, the activity of the personnel of the colonies on the specified issues are still not regulated at the law level, which is not only contrary to the requirements of international legal acts, but also to the Constitution of Ukraine (the part 2 of the article 19 and the paragraph 14 of the part 1 of the article 92), and therefore, solving this problem is an urgent task today.

3. International practice the right of convicts for the personal safety

Interesting in this regard is the such practice in Switzerland prisons, namely: the personnel of this correctional institutions are not provided by the measures of the protection, which are applied in the time of the active resistance of convicts in other countries.

The only type of special means that is used by the personnel of the prisons in this country is the handcuff, but its application is possible only then, when the convict wants to harm himself.

However, about the rubber truncheons or weapon (including gas) are not discussed at all.

Moreover, in Switzerland there are no penitentiary paramilitary units and specialized units, who have the right to use forceful methods of influence on the convicts⁹.

Of course, this approach is not indisputable, especially given the quantitative and qualitative characteristics of the convicts, which are held in the correctional and educational colonies of Ukraine, however, the fact is obvious that the carrying of special measures and weapons by personnel of this PEI does not contribute to the establishing a trusting and sincere relationship with individuals that are deprived of liberty, as well as is the circumstance that provokes (encourages, seduces, etc.) the latter to its application in cases where it is unnecessary and inappropriate in the relationship between the convict or the group of them.

The art. 7 of the of the International the covenant on civil and political rights, in which it is specified that no one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

⁹ Сахнік О.В. Практична та гуманістична спрямованість професійної підготовки пенітенціарного персоналу зарубіжних країн. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення* : матеріали круглого столу (Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ : Ін-т крим.-викон. служби, 2015. С. 84.

These provisions are reflected in the art. 28 of the Constitution of Ukraine and in the part 1 of the art. 8 of the CEC, in which it is discussed the right of the convicts for the humane treatment and for the respect for their human dignity, as well as about that these persons shall not be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment.

All this serves as an additional argument regarding the modification of those norms of the criminal executive legislation of Ukraine, which is related to the issues of the application to the convicts that are deprived of liberty, of the measures of the physical influence, special means and weapon.

The part 1 of the art. 9 of the Covenant, in which it is established that every person has the right to liberty and security of person.

A similar provision is enshrined in the part 1 of the art. 29 of the Constitution of Ukraine and in the part 1 of the art. 8 of the CEC of Ukraine, in which it is specified that the measures of influence may be applied to the convicts solely on the basis of the law, which also confirms the conclusion that it is necessary to supplement this Code with a separate norm on the grounds and the procedure for applying firearms to convicts that are deprived of the liberty.

Therefore, in this regard, we can find another way.

Thus, in the art 256 of the CEC of the Republic of Poland it is discussed that the application of the measures of direct coercion, weapon or service dogs to persons that are deprived of liberty, are regulated by the law¹⁰.

The part 1 of the art. 10 of the Covenant, in which it is determined that all persons that deprived of the liberty have the right for humane treatment and respect for the dignity, which is inherent in the human personality.

The same provision is enshrined in the part 1 of the art. 28 of the Constitution and in the part 1 of the art. 8 of the CEC (in the form of the rights of the convicts to their humane treatment to them and respect for their dignity), as well as in the art. 5 of the specified Code (in the form of the principle of humanism – as of one of the principles of the criminal executive legislation, the execution and the serving sentences).

Given the specified, the art. 106 of the CEC it would be logical to supplement by the part 8 of the following content:

“In the application to convicts that deprived of the liberty, of measures of the physical influence, special means and weapon, the personnel of the colonies and others that are involved in the procedure that is

¹⁰ Роль і вплив кримінального та кримінально-виконавчого законодавства Польщі у реформування правового поля України: Методичні рекомендації зі спецкурсу «Основи реформування кримінально-виконавчого законодавства України» / О.Г. Колб, А.Б. Косило, О.М. Юхим'юк, А.М. Оксисюк. Луцьк: «Вежа», 2011. С. 74.

determined in the part 6 of the current Code, the persons should provide the right for the humane treatment to them and respect for their dignity”.

This approach builds on the existing practices of the activity of the personnel of the colonies on these issues, as well as on the decisions of the European Court of the rights of human.

In particular, the judgment of 15 May 2012 in the case “Kaverzin against Ukraine”, the specified Court has determined about the violation of the art. 3 of the Convention on the protection of the rights of human and fundamental freedoms in connection with the torture of the applicant and the application of handcuffs in the colony¹¹.

Moreover, the ECHR that is based on the art. 46 of the Convention, immediately obliged Ukraine to implement the reforms that are aimed at eradicating the practice of ill-treatment with convicts.

CONCLUSIONS

If to compare the specified norms of the Rules with the provisions of the current criminal executive legislation of Ukraine on issues of the application of the measures of physical influence, special means and weapon to convicts that deprived of liberty, than we are able to make the following conclusions:

1. In the Minimum standard rules for the treatment of convicts, as in the normative legal acts of the general direction, the principle of exclusivity is enshrined, which is which is a priority in the application to persons that are held in the places of deprivation of liberty (isolation) of restraint measures that are defined in the law.

In addition, this, in turn, is an additional argument regarding the addition of the part 1 of the art. 106 of the CPC of Ukraine, namely – “the principle of the exclusivity” in the actions of the personnel, which are caused by the unlawful behavior of the convicts.

2. Unlike the CEC and other laws of Ukraine (“On the National police” and “On the National guard of Ukraine”), in the Rules this procedure of the application of the restraint measures is defined by the central prison administration, which, in the view of the requirements of the Constitution of Ukraine (the part 2 of the article 19 and the paragraph 14 of the part 1 of the article 92), is inadmissible, whereas the granting of the right to such activity is based on the ground of the by-law normative legal acts, as well as defining the grounds and the procedure of the application of the measures

¹¹ Каверзін проти України : рішення Європейського суду з прав людини від 15 травня 2012 р. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. Київ : Міністерство юстиції України, 2013. № 2. С. 15.

of the physical influence, special means and weapon by the departmental legal sources, as the history of the places of the deprivation of liberty shows, leads to arbitrariness, torture and other inhumane treatment of convicts.

Unfortunately, the issue of “the departmental approaches” in Ukraine, especially in the area of the punishments, is still relevant in the current time.

3. The legal grounds of the carrying weapons by the personnel of the correctional facilities in the Rules are formulated sufficiently blurred, unclear and haphazard, and it is not discussed about its application.

Therefore, speaking about the standards of the treatment of convicts from the specified areas of activity of the personnel of the PEI that are enshrined in the current Rights, it can only be conditional and only in that part, which is able to be used in Ukraine for the development of the legal foundations of the application of the measures of the physical influence, special means and weapon to such persons.

SUMMARY

In the provisions of the scientific article the author research a scientific problem adaptation of convicts' legal status to European standards. This problem is especially urgent for the sphere of punishment execution exactly in Ukraine, as in all civilized states it is established at the legislative level, that a convict enjoys all rights of a person and a citizen, with the exception of restrictions, determined by law and established by court verdict. Moreover, being a member of United Nations Organization, European Council or other authoritative international organizations, each state member undertook juridical obligations to bring national legislation to generally recognized principles and norms. The scientific article examines international legal acts, and the experience of European countries Switzerland and Republic of Poland, norms of national legislation of Ukraine, on issues adaptation of convicts' legal status to European standards.

REFERENCES

1. Статут Ради Європи від 5 травня 1949 р. *Офіційний вісник України*. 2004. № 26. Ст. 17.
2. Конституція України. Київ : Алерта, 2019. 81 с.
3. Загальна декларація прав людини. *Збірник міжнародно-правових актів та угод з питань діяльності пенітенціарних установ і поводження з в'язнями*. Київ : Вид-во «АННА-Т», 2008. С. 13–17.
4. Сванидзе Э. Эффективные расследования жестокого обращения. Руководящие принципы по применению европейских стандартов. Киев : Изд-во «ВПК Экспресс-полиграф», 2011. 150 с.

5. Мардох Д. Боротьба з жорстоким поведженням і безкарністю та ефективне розслідування жорстокого поведження. Доповідь по Україні. Київ : «К.І.С.», 2010. 108 с.

6. Михалко І.С. Галузевий принцип раціонального застосування примусових заходів і стимулювання поведінки засуджених як підґрунтя ефективності дії основних засобів виправлення і ресоціалізація засуджених. *Засоби виправлення і ресоціалізації засуджених до позбавлення волі* : монографія / за заг. ред. Степанюка А.Х. Херсон : Кроссроуд, 2011. С. 275–298.

7. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права : прийнятий 16 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція № 2200 А (КНКНІ)). *Збірник міжнародно-правових актів та угод з питань діяльності пенітенціарних установ і поведження з в'язнями*. Київ : Вид-во «АННА-Т», 2008. С. 27–45.

8. Про затвердження Виправно-трудового кодексу Української РСР : затверджений Законом Української РСР від 23 грудня 1970 р. № 3325-07. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1971. № 1. Ст. 6.

9. Сахнік О.В. Практична та гуманістична спрямованість професійної підготовки пенітенціарного персоналу зарубіжних країн. *Зарубіжний досвід функціонування пенітенціарних систем: сторінки історії та виклики сьогодення* : матеріали круглого столу (Київ, 14 травня 2015 р.) / відп. ред. О.В. Сокальська. Київ : Ін-т крим.-викон. служби, 2015. С. 82–85.

10. Роль і вплив кримінального та кримінально-виконавчого законодавства Польщі у реформування правового поля України : Методичні рекомендації зі спецкурсу «Основи реформування кримінально-виконавчого законодавства України» / О.Г. Колб, А.Б. Косило, О.М. Юхим'юк, А.М. Окисюк. Луцьк : «Вежа». 2011. 84 с.

11. Каверзін проти України : рішення Європейського суду з прав людини від 15 травня 2012 р. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. Київ : Міністерство юстиції України, 2013. № 2. С. 15–60.

Information about author:

Batiuk O. V.,

ORCID ID: 0000-0002-2291-4247

Candidate of Law Science, Associate Professor,
Professor of the Chair of Criminal Law, Process, Criminalistics
Kyiv Institute of Intellectual Property and Law
National University “Odessa Law Academy”
210, Kharkiv highway, Kyiv, Ukraine

ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНОГО СУДОВОГО РІШЕННЯ: ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

Белікова С. О.

ВСТУП

Питання щодо визнання та виконання судових рішень іноземних держав в Україні сьогодні не втрачає своєї актуальності. Необхідність визнання та виконання судового рішення іноземної держави пов'язана зі здійсненням захисту права фізичної та юридичної особи на підставі відповідного рішення на території України.

Сьогодні чинне національне законодавство не надає правового визначення понять «визнання» та «виконання» рішення іноземного суду, унаслідок чого в науковій спільності постійно точаться дискусії із цього приводу.

Незважаючи на тривалі дискусії, у науковій доктрині існує декілька підходів до змісту понять «визнання» та «виконання» рішень іноземних судів. Такі наукові підходи варто кваліфікувати за певними категоріями, а саме: 1) за категорією юридичної сили (Н.І. Маришева, А.І. Муранов, С.Я. Фурса, М.Й. Штефан та інші); 2) за категорією правової дії та законної сили (Л.П. Ануфрієва, Т.Я. Фортуна й інші); 3) за категорією цивільних прав та обов'язків (М.М. Богуславський, Л.В. Чубарєв та інші).

Так, Н.І. Маришева пропонує таке розуміння: «визнання рішень судів іншої держави означає надання їм такої юридичної сили, яку мають рішення судів цієї держави, що набрали законної сили: вони набувають властивостей незаперечності, винятковості, а рішення про присудження – також виконуваності»¹.

Дослідник-процесуаліст С.Я. Фурса в науково-практичному коментарі до Цивільного процесуального кодексу України зазначає, що «під визнанням слід розуміти надання рішенню такої самої юридичної сили, яку має рішення, постановлене судом України, після набрання ним законної сили»².

На думку М.Й. Штефана, «визнання – це надання юрисдикційному акту іноземної держави сили і значення рішення вітчизняного суду, яке

¹ Лев М.О. До питання розуміння визнання іноземного судового рішення в міжнародно-приватному праві. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 2. С. 379.

² Там само. С. 380.

не вимагає застосування примусових заходів на захист і поновлення порушеного права»³.

Протилежне бачення має А.І. Муранов, який вважає, що «до моменту приведення іноземного рішення до виконання жодною примусовою силою воно не володіє і не наділяє сторони якими-небудь беззаперечними правами та обов'язками. Тобто, до визнання іноземного судового рішення вітчизняне право не визнає за ним юридичної сили»⁴.

Через категорії законної сили судового рішення, на наш погляд, вдало надають визначення цих понять Л.П. Ануфрієва й Т.Я. Фортуна.

Так, Л.П. Ануфрієва зазначає: «Признание решений иностранного суда – придание им такой же юридической силы, которую имеют вступившие в законную силу решения судов данного государства: свойства неопровержимости, исключительности; а решения о присуждении – также исполнимости; они обязательны для должностных лиц и органов данного государства»⁵.

Т.Я. Фортуна чіткіше дає наукове визначення поняття «визнання рішення іноземного судового рішення», яке, на його погляд, варто розуміти як «поширення законної сили, неспростовності, виключності рішення іноземного суду на територію держави, яка визнає це рішення», а під виконанням рішення іноземного суду – «застосування засобів примусового виконання рішення іноземного суду в порядку, визначеному законодавством держави, на території якої виконується іноземне рішення»⁶.

За категорією цивільних прав та обов'язків, на думку М.М. Богуславського, «визнання рішення іноземного суду означає, що воно слугує підтвердженням цивільних прав та обов'язків тією ж мірою, що й рішення вітчизняного суду»⁷. Аналогічне твердження має й Л.В. Чубарєв: «... визнання іноземного судового рішення як підтвердження певних цивільних прав і обов'язків у тому самому розумінні як рішення власного суду»⁸.

³ Лев М.О. До питання розуміння визнання іноземного судового рішення в міжнародному приватному праві. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 2. С. 380.

⁴ Там само. С. 379.

⁵ Богуславский М.М. *Международное частное право* : учебник. Москва, 2004. С. 378.

⁶ Фортуна Т.Я. Поняття та правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. *Адвокат*. 2011. № 7 (130). С. 43.

⁷ Богуславский М.М. *Международное частное право* : учебник. Москва, 2004. С. 379.

⁸ Там само. С. 380.

Під іншим змістом виражає це поняття М.О. Лев, акцентуючи увагу на тому, що «визнання іноземного судового рішення являє собою юридичний акт, яким суверенна держава, поширюючи дію іноземного рішення на власну територію, висловлює своє ставлення до нього як до юридичного факту, з яким пов'язується виникнення, зміна або припинення встановлених іноземним судом беззаперечних правовідносин»⁹.

Ураховуючи думки науковців, на наш погляд, під визнанням рішення іноземного суду необхідно розуміти поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, установленому законодавством України, а під виконанням рішення іноземного суду розуміється застосування всіх засобів щодо примусового виконання рішення іноземного суду в порядку, визначеному законодавством держави, на території якої воно виконується.

Отже, поняття «визнання» та «виконання» рішення іноземного суду є взаємопов'язаними, оскільки визнання іноземного судового рішення є правовою підставою для його звернення до примусового виконання на території України. Хоча є певна категорія справ, які не підлягають примусовому виконанню, але, відповідно до процесуального законодавства, потребують їх визнання, зокрема це рішення про розірвання шлюбу, позбавлення батьківських прав, оголошення особи померлою, з питань банкрутства тощо.

1. Правова природа і правове регулювання визнання та виконання рішень іноземних судів

Поняття «визнання» та «виконання» рішень іноземних судів у незалежній Україні на законодавчому рівні вперше визначено в ст. 1 Закону України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів» від 29 листопада 2001 року № 2860-III¹⁰, який згодом утратив чинність на підставі Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 6 вересня 2005 року № 2798-IV. Трактуючи ціх понять зводилося до того, що під визнанням рішення іноземного суду розумілося поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, установленому цим законом, а під виконанням рішення іноземного суду – застосування засобів

⁹ Богуславский М.М. Международное частное право : учебник. Москва, 2004. С. 380.

¹⁰ Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів : Закон України від 29 листопада 2001 року № 2860-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2860-14>.

примусового виконання рішення іноземного суду в Україні в порядку, передбаченому законом¹¹.

Надалі в Цивільному процесуальному кодексі України від 18 березня 2004 року № 1618-IV (далі – ЦПК України) (що набув чинності 1 вересня 2005 року) законодавець передбачив цілий розділ IX, присвячений визнанню та виконанню рішень іноземних судів, міжнародних комерційних арбітражів в Україні, наданню дозволу на примусове виконання рішень третейських судів¹². Питання щодо визнання та виконання рішень іноземних судів/арбітражних рішень також визначені в Законах України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року № 2709-IV¹³ та «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року № 4002-XII¹⁴. Процедура виконання судових рішень на території України регламентована базовим Законом України «Про виконавче провадження»¹⁵, а також іншими нормативно-правовими актами з виконавчого провадження.

Статтею 9 Конституції України¹⁶ передбачено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Відповідно до ч. 1 ст. 462 ЦПК України, рішення іноземного суду (суду іноземної держави; інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних справ) визнається та виконується в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності.

Підставою для визнання в Україні рішення іноземного суду є звернення стягувача до суду цивільної юрисдикції з відповідним клопотанням за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника. Отже, клопотання є основним процесуальним документом,

¹¹ Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів : Закон України від 29 листопада 2001 року № 2860-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2860-14>.

¹² Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

¹³ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

¹⁴ Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24 лютого 1994 року № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.

¹⁵ Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 року № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.

¹⁶ Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

який надає право фізичній чи юридичній особі отримати дозвіл на примусове виконання рішення іноземного суду.

Правове регулювання порядку розгляду зазначеного клопотання, окрім процесуального законодавства, здійснюється нормами європейської Конвенції «Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень» від 10 червня 1958 року¹⁷, багатосторонньої угоди «Про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності», ратифікованої 19 грудня 1992 року та підписаною Україною 20 березня 1992 року¹⁸, Конвенції «Про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах», ратифікованої 10 листопада 1994 року та підписаної Україною 22 січня 1995 року¹⁹, іншими нормативно-правовими актами України.

Так, у ст. 51 Конвенції «Про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» наведено перелік рішень, винесених на території інших держав, які визнаються та виконуються в Україні, а саме: 1) рішення установ юстиції по цивільних і сімейних справах, включаючи затверджені судом мирові угоди по таких справах і нотаріальні акти щодо грошових зобов'язань; 2) рішення судів по кримінальних справах про відшкодування збитків.

Надалі цей перелік уніфіковано в ст. 81 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно з якою в Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, що виникають із цивільних, трудових, сімейних і господарських правовідносин, вироки іноземних судів у кримінальних провадженнях у частині, що стосується відшкодування шкоди та заподіяних збитків, а також рішення іноземних арбітражів та інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних і господарських справ, що набрали законної сили.

Питанням визнання й виконання іноземних судових рішень в Україні приділено увагу в Інструкції «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень», затвердженої Наказом Міністерства юстиції

¹⁷ Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень : Конвенція від 10 червня 1958 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070.

¹⁸ Про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності : Угода від 19 грудня 1992 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_076.

¹⁹ Про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах : Конвенція від 1993 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009.

України від 27 червня 2008 року № 1092/5/54²⁰ (zareєстрованого в Міністерстві юстиції України 2 липня 2008 року за № 573/15264). Її правові норми регламентують, що рішення іноземного суду визнається та виконується в Україні, якщо його визнання та виконання передбачене міжнародним договором країни або за принципом взаємності у відносинах з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні.

Водночас, на наш погляд, існують певні передумови для звернення до національного суду з клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Вони полягають у такому:

1. Наявність цивільної правоздатності й дієздатності фізичної та юридичної особи.

Так, відповідно до ст.ст. 17, 18, 26 Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон (для цього розділу)), цивільна правоздатність і дієздатність фізичної та юридичної особи визначаються їхнім особистим законом.

Іноземні особи: іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їхні органи та посадові особи) – та міжнародні організації мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів. Процесуальна правоздатність і дієздатність іноземних осіб в Україні визначаються відповідно до права України (ч. 1 ст. 73, ч. 1 ст. 74 Закону).

Утім, згідно з ч. 2 ст. 74 Закону України «Про міжнародне приватне право», суд може витребувати в іноземній юридичній особі документ, що є доказом її правосуб'єктності (сертифікат реєстрації, витяг із торгового реєстру тощо), який, відповідно до ст. 13 цього Закону, визнається дійсним в Україні в разі його легалізації.

Наявність цивільної правоздатності й дієздатності надає фізичній і юридичній особам право звернутися до судів України з відповідним клопотанням про примусове виконання рішення іноземного суду.

2. Підсудність судам України справ щодо іноземних осіб.

Підстави для визначення підсудності справ судам України наведені в ст. 76 Закону, згідно з якою суди можуть приймати до свого провадження й розглядати будь-які справи щодо іноземної особи, якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти

²⁰ Про затвердження Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень : Наказ Міністерства юстиції України від 27 червня 2008 року № 1092/5/54. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08>.

стягнення, або знаходиться філія чи представництво іноземної юридичної особи-відповідача.

Окрім загальних правил визначення підсудності справ, в Україні не можуть бути визнані та підлягати виконанню рішення іноземних судів у справах окремої категорії. Це справи зі стягнення заборгованості з підприємств оборонно-промислового комплексу, унесеного до переліку об'єктів державної власності, що мають стратегічне значення для економіки й безпеки держави, а також стягнення заборгованості на користь інших юридичних осіб, указаних у ч. 2 ст. 81 Закону.

3. Зарахування справи до цивільної юрисдикції України.

Процесуальні питання, пов'язані з визнанням і виконанням рішень іноземних судів, до компетенції яких належить розгляд цивільних справ, а також рішень міжнародного комерційного арбітражу, урегульовані розділом IX ЦПК України (ст.ст. 462–481 ЦПК України) за умови, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності. Винятком є вирок іноземного суду в кримінальному провадженні (справі) та інші документи цього провадження, які визнаються й виконуються за правилами кримінального процесуального законодавства України.

4. Набуття рішенням іноземного суду законної сили.

Рішення іноземного суду підлягає його визнанню та виконанню на території України лише в тому разі, якщо воно набрало законної сили за результатом розгляду справи судом іноземної держави. Якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якого воно постановлено, не набрало законної сили, то в разі звернення такого рішення до виконання в Україні національний суд зобов'язаний винести ухвалу й відмовити в задоволенні клопотання про надання дозволу на виконання зазначеного рішення, як це передбачено п. 1 ч. 2 ст. 468 ЦПК України. Винятком є лише ті випадки, коли рішення підлягає виконанню до набрання ним законної сили.

5. Пред'явлення іноземною особою рішення іноземного суду до примусового виконання протягом установленого законодавством строку.

Як передбачено ст. 463 ЦПК України, рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до

примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки.

Пропущення особою (її представником) строку для пред'явлення до примусового виконання зазначеного рішення на території України є законною підставою для відмови судом у його задоволенні.

Отже, недотримання іноземною особою перелічених умов позбавляє її права звернення до юрисдикційного суду України з вимогою щодо визнання та виконання іноземного судового рішення.

2. Порядок визнання та виконання рішень іноземних судів

Якщо рішення іноземного суду не виконано боржником у добровільному порядку, то стягувач вправі звернутися до суду України з клопотанням про примусове виконання цього рішення. Процедура визнання та виконання рішень іноземних судів передбачена ЦПК України, Законом України «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами.

Європейська конвенція «Про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах» визначає загальний підхід до розгляду клопотання про примусове виконання рішень іноземних судів. Правові норми ст. 53 цієї Конвенції трактують, що клопотання про вирішення примусового виконання рішення подається в компетентний суд сторони, що домовляється, де рішення підлягає виконанню. Воно також може бути подано до суду, який виніс рішення у справі в першій інстанції. Цей суд направляє клопотання суду, компетентному винести рішення по клопотанню.

Національне законодавство дещо деталізує процесуальний порядок визнання та виконання такого роду рішень.

Так, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника. Якщо боржник не має місця проживання (перебування) чи місцезнаходження на території України або його місце проживання (перебування), так само як і місцезнаходження, невідомо, то, згідно зі ст. 464 ЦПК України, таке питання розглядається судом за місцезнаходженням в Україні його майна.

Відповідно до п. 5.2 Інструкції «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень» (далі – Інструкція), клопотання заінтересованої особи про

визнання й виконання рішення іноземного суду чи іншого компетентного органу подається безпосередньо до суду України.

Водночас нормами ЦПК України та Інструкції врегульовано подання такого клопотання до суду через органи державної влади України, але в тому випадку, якщо це передбачено міжнародним договором України. У такому разі іноземний суд, який розглянув справу й ухвалив рішення в першій інстанції, надсилає клопотання на розгляд компетентного суду України через Міністерство юстиції України (далі – Мін'юст).

Згідно з п. 5.4 Інструкції, Мін'юст, отримавши іноземне клопотання, перевіряє наявність і чинність міжнародного договору України у відносинах із запитуючою державою, а також наявність документів, необхідних, відповідно до міжнародного договору, для визнання та виконання рішення іноземного суду в Україні.

Якщо клопотання відповідає міжнародному договору України, Мін'юст через головне територіальне управління юстиції направляє іноземне клопотання до суду України за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника чи його майна.

Національне процесуальне законодавство передбачає розгляд такого клопотання суддею одноосібно у відкритому судовому засіданні. Неявка без поважних причин у судове засідання будь-якої зі сторін або їхніх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою зі сторін не порушено питання про перенесення його розгляду (ч. ч. 4, 5 ст. 467 ЦПК України). Ця правова норма цілком підтверджує безперешкодний доступ до правосуддя іноземної особи та її участі в розгляді клопотання, якщо воно відповідає закону.

Наприклад, під час розгляду Луцьким міськрайонним судом справи про позбавлення батьківських прав боржник у судове засідання не з'явився, будучи належним чином повідомленим про час і місце її розгляду. Ураховуючи наявність договору «Про дружбу і співробітництво між Італійською Республікою та Україною» від 3 травня 1995 року, ратифікованого Верховною Радою України 26 квітня 1996 року, дотримання форми і змісту клопотання стягувача й обставини справи, суд у хвалі від 7 жовтня 2019 року дійшов висновку, що рішення Суду у справах неповнолітніх міста Неаполь Республіки Італія від 23 січня 2014 року підлягає виконанню на території України²¹.

²¹ Ухвала Луцького міськрайонного суду від 7 жовтня 2019 року у справі № 161/11010/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85620463>.

Передусім іноземне клопотання за своєю формою та змістом обов'язково має відповідати вимогам ст. 466 ЦПК України. Наслідком недотримання іноземною особою встановлених національним законодавством вимог є залишення судом без розгляду такого клопотання.

Так, клопотання подається в письмовій формі й має містити таке: 1) ім'я (найменування) особи, що подає клопотання, зазначення її місця проживання (перебування) або місцезнаходження; 2) ім'я (найменування) боржника, зазначення його місця проживання (перебування), його місцезнаходження чи місцезнаходження його майна в Україні; 3) мотиви подання клопотання.

До вказаного клопотання водночас додаються документи, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не визначено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, або за відсутності такого договору, до нього необхідно долучити: 1) засвідчену в установленому порядку копію рішення іноземного суду; 2) офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні); 3) документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду та яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про дату, час і місце розгляду справи; 4) документ, що визначає, у якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше); 5) документ, що посвідчує повноваження представника (якщо клопотання подається представником); 6) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Наприклад, рішенням Мукачівського міськрайонного суду від 6 грудня 2019 року задоволено клопотання стягувача про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду по справі про стягнення аліментів. Оскільки це клопотання відповідає всім вимогам процесуального законодавства, суд надав дозвіл на примусове виконання рішення районного суду в Чеському Крумлові Чеської Республіки від 23 квітня 2013 року і стягнув з боржника аліменти на утримання 4-х неповнолітніх дітей²².

²² Ухвала Мукачівського міськрайонного суду від 6 грудня 2019 року у справі № 2-к/303/1/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86157182>.

Наступний приклад: в ухвалі Драбівського районного суду Черкаської області від 4 листопада 2019 року зазначено, що, згідно з довідкою, виданою судом Октябрського району міста Гродно Республіки Білорусь, рішення суду від 24 серпня 2018 року про стягнення з боржника на користь стягувача грошової суми набрало законної сили 11 вересня 2018 року, на території Республіки Білорусь не виконувалося та підлягає виконанню²³.

Отже, у разі відповідності клопотання процесуальному законодавству суди задовольняють вимоги, викладені в клопотанні, постановляючи позитивні рішення. Недотримання іноземною особою вищенаведених процесуальних вимог щодо складання клопотання та долучення до нього всіх необхідних документів може стати об'єктивною підставою для залишення його без розгляду, оскільки буде відсутній предмет судового спору.

Цілком логічним є твердження в п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України»²⁴ від 24 грудня 1999 року № 12, що клопотання про визнання й виконання рішень іноземних судів (арбітражів) суд розглядає у визначених ними межах і не може входити в обговорення правильності цих рішень по суті, вносити до останніх будь-які зміни.

На наш погляд, таке твердження судового органу є безумовно тактовним, оскільки мова йде не про відповідність винесеного рішення іноземним судом законодавству іноземної держави, матеріалам справи або предмету спору, а лише про визнання його на території іншої держави (України) та допущення його до виконання. У цьому разі винятком є питання стосовно переведення іноземної валюти в національну валюту. Із цього приводу цивільне процесуальне законодавство України надає чітке роз'яснення для суду, який розглядає клопотання іноземної особи.

Так, згідно з ч. 8 ст. 467 ЦПК України, якщо в рішенні іноземного суду суму стягнення зазначено в іноземній валюті, то суд визначає

²³ Ухвала Драбівського районного суду Черкаської області від 4 листопада 2019 року у справі № 692/850/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85443692>.

²⁴ Про практику розгляду судами клопотань про визнання виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99>.

суму в національній валюті за курсом Національного банку України на день постановлення ухвали.

Звертаючись до питання примусового виконання рішень іноземних судів, варто зазначити, що спеціальне законодавство – Закон України «Про виконавче провадження» (далі – Закон (для цього розділу)) – фактично не містить правових норм «прямої дії», які б регулювали саме виконання рішень цієї категорії. Тому незайвим було б уніфікувати процесуальне законодавство із законодавством про виконавче провадження, виокремивши в Законі окремий розділ, присвячений примусовому виконанню рішень іноземних судів. Такий підхід лише сприятиме дотриманню чіткої процедури з виконання рішень цієї категорії з боку як органів примусового виконання, так і сторін виконавчого провадження, а також дасть змогу уникнути правових прогалин у національному законодавстві.

Зокрема, у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону зазначено, що примусовому виконанню підлягають виконавчі документи, у тому числі видані на підставі рішень іноземних судів.

Подальше примусове виконання таких рішень відбувається в загальному порядку.

Отже, після визнання національним судом цивільної юрисдикції рішення іноземного суду він надає дозвіл на примусове виконання цього рішення шляхом винесення ухвали. Звернення такого рішення до примусового виконання відбувається після видачі національним судом виконавчого листа, який уноситься державним виконавцем до Єдиного державного реєстру виконавчих документів.

За загальним правилом, місцем виконання рішення іноземного суду є місце проживання, перебування, роботи боржника або за місцезнаходженням його майна.

Так, згідно з ч. 1 ст. 24 Закону, виконавчі дії провадяться державним виконавцем за місцем проживання, перебування, роботи боржника або за місцезнаходженням його майна. Право вибору місця відкриття виконавчого провадження між кількома органами державної виконавчої служби, що можуть учиняти виконавчі дії щодо виконання рішення на території, на яку поширюються їхні функції, належить стягувачу.

Однак варто наголосити на тому, що не всі рішення іноземних судів підлягають примусовому виконанню. Законодавець передбачив окрему категорію рішень, які не підлягають примусовому виконанню, і порядку їх виконанню присвячена глава 2 розділу IX ЦПК України.

Зокрема, це рішення стосовно шлюбних відносин, позбавлення батьківських прав, усиновлення дитини, соціального забезпечення, спадкування та правонаступництва, банкрутства чи ліквідації неплатоспроможних юридичних осіб тощо.

Наприклад, ухвалою Херсонського міського суду Херсонської області від 5 грудня 2019 року у справі № 766/10821/19 задоволено клопотання іноземної особи про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, і визнано на території України рішення однопредставного суду першої інстанції м. Афіни (Греція) від 9 липня 2018 року у справі № 1839/2018, відповідно до якого проголошено усиновленою дитиною повнолітнього, який народився в м. Херсон, Україна²⁵.

3. Проблемні питання, які виникають під час розгляду справ про визнання судових рішень іноземних держав і їх виконанні

З метою вдосконалення правозастосовної практики та ефективності виконання рішень іноземних судів доцільно проаналізувати практику розгляду національними судами цивільної юрисдикції справ з іноземним елементом.

Проведений аналіз судової практики дав можливість дійти висновку, що під час розгляду судами України справ щодо визнання рішень іноземних судів на території України та звернення до їх виконання виникає чимало проблемних питань процесуального характеру. На деякі з них варто звернути увагу.

1. Ненадання суду заявником доказів щодо набрання рішенням іноземного суду законної сили.

Процесуальне законодавство передбачає доведення кожною стороною у справі тих обставин, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень. Ці обставини мають бути підтверджені належними, допустимими, достовірними й достатніми доказами. У разі ненадання таких доказів суд може визнати обставину невчинення відповідних дій або відсутності події встановленою (ст.ст. 77–81 ЦПК України).

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду заявник зобов'язаний надати суду України офіційний документ, який підтверджує, що вказане рішення набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні). Наслідком

²⁵ Ухвала Херсонського міського суду Херсонської області від 5 грудня 2019 року у справі № 766/10821/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86137588>.

ненадання такого документа є залишення судом без розгляду клопотання, як це передбачено ч. 4 ст. 466 ЦПК України.

Так, Київський апеляційний суд постановою від 3 грудня 2019 року у справі № 372/2267/19²⁶ за апеляційною скаргою Глобал Трейдинг ГмБХ скасував ухвалу суду першої інстанції, а клопотання Глобал Трейдинг ГмБХ про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду направив до цього суду для продовження розгляду. Підставою для скасування рішення цивільної юрисдикції стало те, що стягувач не долучив до свого клопотання листа Земельного суду Мьонхенгладбаха від 30 жовтня 2019 року, що рішення іноземного суду має законну силу. Суд апеляційної інстанції дійшов висновку, що вказаний документ не був поданий до суду першої інстанції, тому, відповідно, він не був предметом його оцінки.

2. Надання іноземною особою до суду неоформлених належним чином документів.

Законодавець у ст. 466 ЦПК України навів чіткий перелік документів, які мають бути долучені до клопотання, а також передбачив вимоги щодо їх процесуального оформлення. Якщо суд установив, що клопотання й долучені до нього документи не оформлено відповідно до вимог процесуального законодавства, залишає його без розгляду та повертає клопотання разом з усіма документами особі, яка його подала.

Ухвалою Жовтневого районного суду м. Харкова від 4 листопада 2019 року у справі № 639/7923/19²⁷ клопотання іноземної особи залишено без розгляду, оскільки заявником додано до нього ксерокопії документів, засвідчених лише підписом заявника.

Проблемним залишається питання щодо недолучення стягувачем до поданого ним клопотання засвідченого відповідно до законодавства перекладу документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами (наприклад, ухвала від 8 листопада 2019 року Фастівського міськрайонного суду Київської області у справі № 2-к/381/1/19²⁸).

3. Пропущення трирічного строку звернення до суду з клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду.

²⁶ Постанова Київського апеляційного суду від 3 грудня 2019 року у справі № 372/2267/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86203863>.

²⁷ Ухвала Жовтневого районного суду м. Харкова від 4 листопада 2019 року у справі № 639/7923/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85697736>.

²⁸ Ухвала Фастівського міськрайонного суду Київської області від 8 листопада 2019 року у справі № 2-к/381/1/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85510320>.

Конвенція «Про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» (п. «е» ст. 55), яка регулює порядок надання правової допомоги між державами-членами Співдружності Незалежних Держав зазначає, що у видачі дозволу на примусове виконання може бути відмовлено у випадках, якщо минув термін давності примусового виконання, передбачений законодавством Договірної Сторони, суд якої виконує доручення.

Для звернення до суду цивільної юрисдикції з клопотанням установлені трирічний строк, визначений ст. 463 ЦПК України. Отже, у разі порушення цього строку суди, відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 468 ЦПК України, можуть відмовити в задоволенні цього клопотання.

Ухвалою від 8 листопада 2019 року Фастівський міськрайонний суд Київської області у справі 2-к/381/1/19 відмовив у задоволенні клопотання Відкритого акціонерного товариства «Нафтан» про надання дозволу на примусове виконання рішення економічного суду Вітебської області про стягнення на його користь з ТОВ «Науково виробниче об'єднання Фастівський завод хімічного машинобудування «Червоний Жовтень» відповідної суми коштів. Причиною відмови стало пропущення стягувачем строків звернення до суду про надання дозволу на примусове виконання, оскільки рішення економічного суду Вітебської області від 17 вересня 2015 року вступило в законну силу 18 листопада 2015 року, а клопотання про його визнання та примусове виконання подане поза межами трирічного строку – 5 червня 2019 року.

3. Звернення з клопотанням до суду за місцем знаходження боржника.

Статтею 93 Цивільного кодексу України²⁹ чітко визначено, що місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичною особою (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління й обліку.

Питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника, як це передбачено ч. 1 ст. 464 ЦПК України, п. 5.3 Інструкції «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень».

²⁹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

Рішенням Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 25 листопада 2019 року у справі № 335/8518/17 2-к/335/5/2019³⁰ залишено судом без розгляду та повернуто заявнику клопотання ТОВ «Квадро Систем» про визнання на території України рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Асоціації міжнародних правових досліджень від 7 червня 2017 року щодо визнання за ним права розпорядження товаром.

Як убачається з матеріалів справи, зокрема копії статуту боржника, у цій справі його місцезнаходженням є Естонська Республіка, Тіллін, Хар'юрський повіт. У матеріалах справи відсутні дані, що місцезнаходження боржника є іншим. Отже, доказу того, що боржник проживає (перебуває) або знаходиться на території Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя, матеріали цивільної справи не містять.

Вищенаведений приклад судової практики ще раз підтверджує необхідність дотримання іноземною особою або його представником вимог національного процесуального законодавства в разі звернення до судів України з клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Недотримання стягувачем вимог законодавства може бути наслідком пропущення строку давності для рішення іноземного суду та неможливістю його подальшого виконання.

ВИСНОВКИ

Необхідність визнання та виконання рішень іноземних судів пов'язано зі здійсненням захисту права фізичної та юридичної особи на території України, підтвердженого відповідним рішенням.

Визнання та виконання іноземного судового рішення регулюється національним законодавством України, зокрема нормами ЦПК України, а також міжнародними договорами, а процедура виконання таких рішень – законодавством про виконавче провадження.

Визнання іноземного судового рішення національними судами є необхідною передумовою його подальшого виконання. Проте під час розгляду судами справ, порушених за клопотаннями іноземних осіб, виникає низка проблемних питань, без з'ясування яких неможливо сподіватися на його ефективне виконання. Прикладом цього твердження є недотримання заявником принципу підсудності, надання ним до суду неоформлених належним чином документів, порушення строків давності.

³⁰ Ухвала Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 25 листопада 2019 року у справі № 335/8518/17 2-к/335/5/2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86231507>.

Незайвим було б уніфікувати процесуальне законодавство із законодавством про виконавче провадження, виокремивши в Законі України «Про виконавче провадження» окремий розділ, присвячений примусовому виконанню рішень іноземних судів. Такий підхід буде лише сприятиме дотриманню чіткої процедури з виконання рішень даної категорії з боку як органів примусового виконання, так і сторін виконавчого провадження, а також дасть змогу уникнути правових прогалин у національному законодавстві.

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена теоретичним і практичним питанням визнання та виконання рішень іноземних судів, особливостям розгляду судами України клопотань іноземних осіб про надання дозволу на їх примусове виконання. Наведено погляди науковців щодо визначення понять «визнання» та «виконання» таких рішень. Викладено розуміння цих понять, яке полягає в тому, що під «визнанням» рішення іноземного суду необхідно розуміти поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, установленому законодавством України, а під «виконанням» рішення іноземного суду – застосування всіх засобів щодо примусового виконання рішення іноземного суду в порядку, визначеному законодавством держави, на території якої воно виконується. Доведено, що поняття «визнання» та «виконання» рішення іноземного суду є взаємопов'язаними, оскільки визнання іноземного судового рішення є правовою підставою для його звернення до примусового виконання на території України.

Виокремлено основні процедурні моменти визнання й подальшого примусового виконання рішень іноземних судів. Акцентовано увагу на дотриманні іноземною особою форми та змісту клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Використано практичні приклади судової практики національних судів. Зроблено висновок про необхідність удосконалення нормативного регулювання процедури виконання рішень даної категорії.

ЛІТЕРАТУРА

1. Богуславський М.М. Международное частное право : учебник. Москва, 2004. 400 с.
2. Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070.

3. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року, ратифікована 10 листопада 1994 Верховною Радою України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009.

4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

5. Лев М.О. До питання розуміння визнання іноземного судового рішення в міжнародному приватному праві. *Часопис Київського університету права*. 2013 № 2.С. 379–383.

6. Постанова Київського апеляційного суду від 3 грудня 2019 року у справі № 372/2267/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86203863>.

7. Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів : Закон України від 29 листопада 2001 року № 2860-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2860-14>.

8. Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 року 1404-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.

9. Про затвердження Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень : Наказ Міністерства юстиції України від 27 червня 2008 року № 1092/5/54. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08>.

10. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

11. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24 лютого 1994 року № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.

12. Про практику розгляду судами клопотань про визнання виконання рішень іноземних судів та арбітражі і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99>.

13. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, від 19 грудня 1992 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_076.

14. Ухвала Драбівського районного суду Черкаської області від 4 листопада 2019 року у справі № 692/850/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85443692>.

15. Ухвала Жовтневого районного суду м. Харкова від 4 листопада 2019 року у справі № 639/7923/19. [URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85697736>].

16. Ухвала Луцького міськрайонного суду від 7 жовтня 2019 року у справі № 161/11010/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85620463>.

17. Ухвала Мукачівського міськрайонного суду від 6 грудня 2019 року у справі № 2-к/303/1/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86157182>.

18. Ухвала Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 25 листопада 2019 року у справі № 335/8518/17 2-к/335/5/2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86231507>.

19. Ухвала Фастівського міськрайонного суду Київської області від 8 листопада 2019 року у справі № 2-к/381/1/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85510320.29>.

20. Ухвала Херсонського міського суду Херсонської області від 05.12.2019 у справі № 766/10821/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86137588>.

21. Фортуна Т.Я. Поняття та правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. *Адвокат*. 2011. № 7 (130).С. 43.

22. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

23. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

Information about author:

Belikova S. O.,

Ph.D.,

Head of the Department for the Training of Prosecutors
in the Representation of State Interests in the Court
National Academy of Prosecution of Ukraine
81-b, Yuri Ilyenko, Kyiv, Ukraine

CIVIL-MILITARY INTERACTION AND THE PROTECTION OF CIVILIANS: SCIENTIFIC APPROACHES, POLICY AND PRACTICE

Beryslavska O. M., Gushchyn O. O.

INTRODUCTION

Today, in the face of hybrid conflicts and the challenges of a new generation, it is undeniable that military education and science must ensure a high level of officer professionalism. Professionalism should be formed on the basis of justice and legal education of military personnel, and therefore – to act as a guarantor of the fighting capacity of the Armed Forces of Ukraine. Given this, the purpose of our study is to analyze the promising areas of development of modern military education and science.

In the process of reforming both the higher education system as a whole and higher military education in particular, we need to emphasize the need to train professional and motivated military specialists in the field of civil-military relations, who are capable of effective communication and meeting the needs of the civilian population of Ukraine, taking into account the tasks the armed forces.

The situation in eastern Ukraine has shown that under the current conditions it is necessary to create an effective system of civil-military cooperation, which should include the professional training of military specialists in the specialty “Civil-military cooperation”. This training aims not only at the acquisition of military-humanitarian, military-professional and military-special competencies, but will help to form a system thinking and develop a reasoned position for the fulfillment of the tasks for the purpose, including for the purpose of post-conflict settlement and reconstruction of the affected regions.

The full implementation of these tasks requires a thorough legal knowledge. To this end, military specialists are trained at the Taras Shevchenko National University of Kyiv Military Institute at the specialty “Civil-Military Cooperation” within the specialty 081 “Law”. This training is carried out on the basis of the Professional Standard of the Tactical Officer of the Armed Forces of Ukraine under Military specialty 850400 “Civil-Military Cooperation”¹

¹ Kovalov V. et al. Professional standard of tactical officer of the Armed Forces of Ukraine. Military proficiency qualification: 850400 “Civil-military Cooperation”. Branch of knowledge: 08 Law. Specialty: 081 Law. Kyiv, Ukraine, 2018.

and the corresponding educational and professional program “Civil-Military Relations”².

We believe that the training of military specialists in the specialty “Civil-Military Cooperation” should take into account the European standards of higher education and the legal profession, the peculiarities of the functioning of the military organization of the state, NATO standards and best practices of the leading countries of the world, as well as take into account modern scientific approaches in the field of military and legal research.

1. Civil-military cooperation as an individual line of research in the field of military science

The development of new promising scientific fields in the field of legal research is relevant, as it meets the real challenges of today. In this respect, a specialty passport project 081 “Law” is relevant for research. According to this Passport, students of higher education of Doctor of science and PhD are trained. This Project envisaged areas of military law research such as civil-military cooperation, legal support for the activities of civil-military administrations and military command during the operation of the martial law regime³.

While other projects of the passport of this specialty did not provide for the separation of civil-military cooperation in a separate field of research, it is necessary to examine the order of the Ministry of Education and Science of Ukraine № 1477 dated 28.12.2018 “On approving an indicative list and description of subject areas of research within the specialty 081 “Law”. Such analysis shows that issues related to civil-military cooperation can be included in the following areas: protection of rights, freedoms and security of man and citizen in the military sphere, in the course of military conflicts, conduct of anti-terrorist, military, special and peacekeeping operations; theoretical, legal and applied problems of formation and development of the military organization of the state, military and military-civil administrations, systems of ensuring state security and protection of the state border; military legislation, military statutes and other sources of military law, systematization of military legislation; martial law of foreign states

² Beryslavska O., Koropatnik I., Shulgin V., Pashynskyi V., Gushchyn O., and Kuzmenko I. Educational and Professional Program “Civil-Military Relations”. Branch of knowledge: 08 Law. Specialty: 081 Law. Kyiv, Ukraine, 2018.

³ Проект паспорту спеціальності 081 «Право», за якою здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти ступенів доктора філософії та доктора наук. URL: <https://mon.gov.ua/ua/news/mon-proponuye-dlya-gromadskogo-obgovorennya-proekt-pasportu-specialnosti-081>.

and intergovernmental organizations; adaptation of national military legislation to the legal standards of the Member States of the European Union and the North Atlantic Treaty Organization⁴.

Analysis of Section 2.7. “Administrative law and process; financial law” of the said document leads us to the following conclusion. Civil-military cooperation is a systematic, planned activity of the Armed Forces of Ukraine on interaction with executive bodies, local self-government bodies, public associations, organizations and citizens in the areas of deployment of military units and units of the Armed Forces of Ukraine in order to form a positive community activity Forces of Ukraine and provision of favorable conditions for the fulfillment of their tasks and functions⁵. This activity can also be explored as a direction of internal organizational activity of public authorities and in the sphere of interaction of public authorities with civil society institutions⁶.

Section 2.2. “A constitutional law; the municipal law” of the aforementioned order also provides for areas of scientific research that can be applied to the development of certain aspects of civil-military activity. These include: 1) guarantees of the rights of national minorities, refugees, persons in need of additional and temporary protection, immigrants; 2) the concept of a state of emergency and martial law, conditions for its introduction and termination; measures taken in an emergency; constitutional guarantees of human and civil rights in a state of emergency⁷.

Taking advantage of NATO’s best practices and concepts in conceptual and doctrinal development, it is worth noting the activities of the Civil-Military Cooperation Center of Excellence, which focuses on developing existing and emerging concepts, policies and doctrines, as well as providing specialized education and training for both military and civilian personnel⁸.

⁴ Про затвердження примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень в межах спеціальності 081 «Право»: Наказ Міністерства освіти і науки України № 1477 від 28 грудня 2018 р. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-primirnogo-pereliku-ta-opisu-predmetnih-napryamiv-doslidzhen-v-mezhah-specialnosti-081-pravo>.

⁵ Положення про Цивільно-військове співробітництво Збройних Сил України, затверджене Наказом Генерального штабу Збройних Сил України від 20 грудня 2017 р. № 446. URL: <https://cimic.com.ua/kerivni-dokumenti-z-pitan-cvs-zsu>.

⁶ Про затвердження примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень в межах спеціальності 081 «Право»: Наказ Міністерства освіти і науки України № 1477 від 28 грудня 2018 р. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-primirnogo-pereliku-ta-opisu-predmetnih-napryamiv-doslidzhen-v-mezhah-specialnosti-081-pravo>.

⁷ *ibid*

⁸ Civil-military Cooperation Centre of Excellence. URL: <https://www.cimic-coe.org/about-cimic/sponsoring-nations/>.

This Center is a multinational sponsored, NATO accredited, Centre of Excellence. It provides benefit, innovative and timely advice, and subject matter expertise on Civil-Military Cooperation for both civilian and military personnel. The primary focuses of Center's effort is conceptual and doctrinal development, lessons learned along with enhanced training and education.

Sponsoring Nations and other military and civil institutions/organizations in their operational and transformation efforts in the field of civil-military interaction provide innovative and timely advice and subject matter expertise in the development of existing and new concepts, policy and doctrine, specialized education and training, and the contribution to the lessons learned processes⁹.

Heiko Herkel describes activities of Civil-Military Cooperation Centre of Excellence as "a multinationally-sponsored institution providing capacity for reviewing and improving policy, procedures and training in civil-military cooperation and related areas for NATO, the UN, the European Union (EU) and the CCOE Sponsoring Nations (SNs)". The author also emphasizes that the features of such a center as "comprehensive spectrum of training offered to both military and humanitarian organizations"¹⁰.

Heiko Herkel also note, that Civil-Military Cooperation Centre of Excellence in 2008 "assumed responsibility for reviewing NATO's doctrine for CIMIC, AJP-9". In addition, there was a need to review other NATO documents and make changes and additions to them regarding civilian-military engagement. So, in particular "The CIMIC doctrine was revised in parallel with NATO's stop-level doctrine (AJP-01) and the direct subordinate doctrines on Intelligence (AJP-2), Operations (AJP-3) and Planning (AJP-5). Regular harmonization between these documents ensured that CIMIC was not unnecessarily compromised, and that, as far as possible, the key requirements for successful civil-military interaction were covered. For example, a paradigm change was made to the section on the Intelligence Domain, which developed from a restrictive "need to know" to a "need to share" culture, supporting the proactive sharing of classified and unclassified information"¹¹.

⁹ Civil-military Cooperation Centre of Excellence. URL: <https://www.cimic-coe.org/about-cimic/sponsoring-nations/>.

¹⁰ Herkel, Heiko. The CIMIC Centre of Excellence: improving cross-organisational perspectives on civil-military interaction. *Humanitarian Exchange Magazine*. 2013. Issue 56. P. 8. URL: <https://www.cimic-coe.org/products/conceptual-design/downloads/ccoe-publications/articles/>.

¹¹ Herkel, Heiko. The CIMIC Centre of Excellence: improving cross-organisational perspectives on civil-military interaction. *Humanitarian Exchange Magazine*. 2013. Issue 56. P. 10. URL: <https://www.cimic-coe.org/products/conceptual-design/downloads/ccoe-publications/articles/>.

A considerable amount of scientific work of foreign authors testifies to the undeniable interest in civil-military relations. What we find interesting is work *Cultural Conflict within Civil-Military Cooperation: A Case Study in Bosnia (2005)*, in which the authors (Scheltinga, Tjallie&Rietjens, Sebastiaan&Boer, Sirp&Wilderom, Celeste) recommend that specific actions be taken to promote cultural awareness and respect for cultural differences. This will serve to improve civil-military cooperation between members of international humanitarian organizations and the military.

They also note that: “In peace-support operations, employees of international humanitarian organizations often clash with those of the military. A lack of familiarity with each other’s practices and values, embedded in their respective organizational cultures, is often seen as the culprit. This article presents and illustrates a road map to manage such cultural differences between cooperating organizations. We found that the military culture, in our Bosnian case study, was seen to operate as a hierarchical culture (characterized by formalization, stability, predictability and efficiency). The culture of international humanitarian organizations, on the other hand, was depicted as clan-type (characterized by teamwork, participation and consensus). To facilitate the creation of cultural awareness as well as respect for, and reconciliation of, cultural differences we recommend several concrete actions that could improve civil-military cooperation”¹².

A more critical look at the activities of Civil-Military Cooperation is in the article *Countering Insurgent-terrorism: Why NATO Chose The Wrong Historical Foundation For CIMIC (2006)* by Thijs W. Brocades Zaalberg from Netherlands Institute for Military History (NIMH). In this article, the author identifies that the focus of Civil-Military Cooperation is on supporting military goals, and in today’s context, military goals often co-exist with political goals. Therefore, the Alliance’s major operational challenges, which have expanded from peacekeeping operations in the Balkans to countering insurgent terrorism in Afghanistan, call for historical experience and up-to-date Civil-Military Cooperation doctrine.

In particular, the author notes: “History teaches that counterinsurgency and counterterrorism campaigns have never been won through purely military action. Defeating an opponent who avoids open battle, but who uses force to reach his goals, including terrorist action, requires

¹² Scheltinga, Tjallie & Rietjens, Sebastiaan & Boer, Sirp & Wilderom, Celeste. *Cultural Conflict within Civil-Military Cooperation: A Case Study in Bosnia. Low Intensity Conflict & Law Enforcement*. 2005. № 13. P. 54–69. DOI: 10.1080/09662840500223606.

a combination of police, administrative, economic and military measures. As a counterinsurgency campaign should pursue a comprehensive political objective, it requires high levels of civil-military cooperation. However, current NATO doctrine for Civil-Military Cooperation (CIMIC) as it emerged from the 1990s is founded in conventional war-fighting and outdated peacekeeping doctrine. CIMIC's focus is on supporting military objectives rather than enabling the military to make a coherent contribution to political objectives. This makes CIMIC unfit for the Alliance's main operational challenges that have expanded from peace operations on the Balkans to countering insurgent terrorism in Afghanistan. When developing CIMIC, the Alliance obviously neglected the historical lessons from counterinsurgency campaigns"¹³.

In another article *Inter-Organizational Communication in Civil-Military Cooperation During Complex Emergencies: A Case Study in Afghanistan (2008)* authors from Norway (Rietjens, Sebastiaan&Verlaan, Kirsten&Brocades Zaalberg, Thijs&Boer, Sirp.) suggested tactics for improving information management and information sharing between humanitarian organizations and the military in complex emergencies, and emphasized the need to improve the skills and competencies of the personnel involved and the need for regular joint civilian-military training.

The authors of the article set the task "to contribute to an improved information management and exchange between humanitarian organizations and military agents in complex emergencies. To do so, a theoretical information management process model was developed and applied to the case of information management between International Security Assistance Force troops and humanitarian organizations such as Cordaid, DACAAR and the International Office for Migration in Kabul, Afghanistan. Based on this analysis the main shortcomings and problems in each stage of the information management process were identified. These include a lack of structured information databases, the absence of identification of information needs, and an over-classification of documents by the military. Using a logical framework analysis, six major improvement tactics were developed, including the creation of more overlap in rotations of personnel, the specification of aims and tasks regarding information management, the improvement of skills

¹³ Brocades Zaalberg, Thijs. Countering Insurgent-terrorism: Why NATO Chose The Wrong Historical Foundation For CIMIC. *Small Wars and Insurgencies*. 2006. № 17. P. 399–420. DOI: 10.1080/09592310601060799.

and competences of personnel involved, and the introduction of regular joint civil-military evaluations”¹⁴.

Robert Egnell in *Civil-military coordination for operational effectiveness: Towards a measured approach (2013)* notes the growing interest in strategic concepts related to civilian-military cooperation, coordination or integration and their effectiveness in complex operations. Moreover, the author emphasizes that the separation of subjects and their responsibilities in specific areas of the operation directly affects the effectiveness of the operation as a whole.

In particular, Robert Egnell notes that “last decade has witnessed a cascading proliferation of strategic concepts that emphasize the importance of civil-military cooperation, coordination, or integration for effectiveness in complex operations. These efforts nevertheless often lack an appreciation for why, where, and how such integration and coordination should take place to achieve the desired outcomes. This article introduces a new approach to civil-military coordination that incorporates the challenges and possibilities at both the national/strategic level and the tactical level in field of operations. By integrating and coordinating these efforts at the strategic level, this approach allows policymakers to achieve separation of actors and responsibilities in the field of operations. By doing so, the proposed approach seeks to answer more specific questions about when coordination is necessary for effectiveness, what its aims are, what actors need to be involved, and to what extent and at what level of command the actors need to be coordinated”¹⁵.

Kelisiana Thynne and Gwen Cherne in *Preparation Starts at Home: Education and Training for Civil-Military Interaction (2016)* share Australia’s experience in education and training for civilian engagement, and emphasize that civilian education and training are needed for military personnel to raise awareness of the complexities involved in peacekeeping and security operations.

The article states that “It is important that military personnel and civilians operating with or along side them are well educated and trained to function effectively in the contemporary operating environment. Civil-military education and training is needed for military personnel to raise

¹⁴ Rietjens, Sebastiaan & Verlaan, Kirsten & Brocades Zaalberg, Thijs & Boer, Sirp. Inter-Organisational Communication in Civil-Military Cooperation During Complex Emergencies: A Case Study in Afghanistan. *Disasters*. 2008. № 33. P. 412–435. DOI: 10.1111/j.1467-7717.2008.01081.x.

¹⁵ Egnell, Robert. Civil-military coordination for operational effectiveness: Towards a measured approach. *Small Wars & Insurgencies*. 2013. № 24 (2). DOI: 10.1080/09592318.2013.778017.

awareness of the complexities associated with operating in current peace support and stability operations. This education and training should expose militaries to the range of actors who they will encounter in the contemporary operating environment, and provide the necessary tools to assist them when interacting with those actors. This chapter, written from an Australian perspective, discusses the importance, reasons for education and training to prepare military personnel at all levels for civil-military interaction, and examines some specific mediums, such as field and command post exercises. It considers the different requirements for training and how to successfully meet those requirements. It concludes by identifying some of the challenges for civil-military interaction training and education and offers suggestions to overcome these challenges”¹⁶.

A book *A Civil-Military Response to Hybrid Threats (2017)* edited by Elsa Cusumano and Marian Corbe is a prime example of how scientists, military and members of international governmental and non-governmental organizations, working together, are able to demonstrate the importance of civilian-military cooperation in the face of NATO member states through hybrid threats and other destabilizing strategies.

This publication “provides scholars and practitioners with an in-depth examination of the role of civil-military cooperation in addressing hybrid threats. As they combine the simultaneous employment of conventional and non-conventional tools and target not only military objectives but governments and societies at large, hybrid threats cannot be countered solely by military means, but require an equally inclusive response encompassing a wide range of military and civilian actors. This book, which combines the perspectives of academics, military officers, and officials from international and non-governmental organizations, resorts to different case studies to illustrate the importance of civil-military cooperation in enhancing the resilience of NATO members and partners against a wide range of societal destabilization strategies, thereby contributing to the formulation of a civil-military response to hybrid threats”¹⁷.

In our opinion, the section on authorship of Silvia Colona *Humanitarian Principles: A Bridge and a Compass for Civil-Military Coordination* of the above book is interesting. The author states that the basis of civil-military interaction is based on humanitarian principles, and the process of civil-

¹⁶ Thynne, Kelisiana & Cherne, Gwen. Preparation Starts at Home: Education and Training for Civil-Military Interaction. *Chapter from book Effective civil-military interaction in peace operations: Theory and practice*. 2016. P. 61–75. DOI:10.1007/978-3-319-26806-4_5.

¹⁷ Cusumano, Elsa & Corbe, Marian. *A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. Book. 2017. DOI: 10.1007/978-3-319-60798-6.

military interaction involves the coexistence of military and humanitarian actors both in traditional conflicts and catastrophes, in large-scale migration crises, and in difficult situations of post-conflict or stabilization period.

In particular, Silvia Colona states: “Military involvement in relief operations is by no means novel. Depending on the context, coordination between the military and humanitarian actors has ranged from sheer co-existence to cooperation and coordinated access negotiations. Due to military organizations’ expanding interest in the provision of humanitarian assistance, the use of military assets in humanitarian operations has been steadily increasing. The growing prominence of a comprehensive approach – increasingly called upon when conducting stability operations or bolstering state resilience to hybrid threats – has included the conduct of military operations, diplomacy, humanitarian aid, political processes, economic development and technology into the range of instruments adopted by this approach. This leads to military and humanitarian actors sharing the same operational space not only in traditional conflicts and disasters, but also in emerging complex situations, such as post-conflict and stabilization contexts or large-scale migration crises”¹⁸.

Gunhild Hoogensen Gjørvin *Understanding civil-military interaction: Lessons learned from the Norwegian model (2014)* analyzes the Norwegian model of civilian-military interaction and concludes on the positive and negative sides of the model, and its shortcomings indicate that the proposed model does not always work in practice, that is, its inefficiency.

This book “examines whether or not the Norwegian government is correct in its assumptions (about both the model and civil-military knowledge amongst military personnel) and concludes that the Norwegian model is a well-meaning but inefficient and problematic model in reality”¹⁹.

Other work by authors from Norway Gunhild Hoogensen Gjørv and Toiko Tõnisson Kleppe *Civil-Military Interaction, CIMIC and Interacting with Gender (2016)* is dedicated to analyzing gender issues in civil-military cooperation activities not only in military operations but also in addressing the role of gender perspectives in global security issues.

The authors wonder: “Is “gender” a political buzzword or does the concept embody a purpose and role for realizing security for both

¹⁸ Colona, Silvia. Humanitarian Principles: A Bridge and a Compass for Civil-Military Coordination. Chapter from book *A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. 2017. P. 123–143. August 2017. DOI:10.1007/978-3-319-60798-6_.

¹⁹ oogensen Gjørv, Gunhild. *Understanding civil-military interaction: Lessons learned from the Norwegian model*. 2014. Publisher: Ashgate/Routledge. URL: https://www.researchgate.net/publication/286128525_.

the operation as well as the civilian environment to increase mission efficiency? This chapter explains how gender perspectives are relevant for military operations but identifies some challenges for policy, practice and acceptance within the military. The chapter provides key background information for practitioners to begin to understand the role of gender analysis in operational planning and execution, as well as to understand the role of gender perspectives in a broader security picture, in turn informing best military practices towards a positive end state. The chapter highlights central claims in UN and NATO policy that have been endorsed by member states. The challenge is the implementation. The purpose of the chapter is not to provide a checklist on gender, but to instead encourage analytical thinking about the civil-military interface and the different security perceptions operating therein”²⁰.

We believe that gender issues are promising both in the field of research and in terms of the mechanism for their implementation in educational competencies, including their inclusion in civil-military cooperation activities. This initiative takes into account the requirements of the NATO Allied joint doctrine (NATO STANDARD AJP-01 (Edition E Version 1) 2017, which states that gender must be taken into account at all stages of NATO operations. Men and women must work together to achieve a comprehensive and lasting solution to the conflict. Alliance advocates full implementation of United Nations Security Council (UNSCR) resolutions on Women, Peace and Security on all key issues²¹.

A positive step in this direction is the creation of a Gender Competence Training and Research Center in the Security and Defense Sector, whose mission is to become a modern Center of Excellence, a training and research center with a strong scientific and educational potential for the development of gender competencies. The Center will have the following tasks: training and certification of personnel for the security and defense sector; carrying out research and scientific support for gender studies in the Security and Defense Sector; implementation of the principle of gender equality by NATO standards into the national legislation of Ukraine; implementation of the gender policy of the state in the scientific and educational space

²⁰ Hoogensen Gjør, Gunhild & Kleppe, Toiko. Civil-Military Interaction, CIMIC and Interacting with Gender. *Effective Civil-Military Interaction in Peace Operations*. 2016. P. 249–261. DOI: 10.1007/978-3-319-26806-4_17.

²¹ NATO Standardization Agreement (STANAG) 2437 NATO Standard AJP-01 Allied Joint Publication “Allied Joint Doctrine”. February 2017. URL: <https://nso.nato.int/nso/nsdd/list-promulg.html>.

of the Security and Defense Sector; cooperation with international organizations, donors and partners²².

Sebastiaan Rietjens – co-author of the book *Effective civil-military interaction in peace operations: Theory and practice*. (2016) based his research on the study of the patterns of civilian-military interaction in the practice of international peacekeeping and security operations, and proposed separate doctrinal tenets of the theory of civil-military interaction, with a view to their introduction into national policies of states.

The author notes that this study “identifies recurring patterns within the practice of civil-military interaction to international peace operations and provides suggestions on how to craft a more adequate theory of civil-military interaction that can inform policymaking and doctrine development”²³.

Koen van der West and Joerg Warstat in *Civil-Military Interaction: Learning from Experience* (2017) draw attention to NATO’s civilian-military engagement practices for the successful management of hybrid threats, with key recommendations being applied and taking into account the experience of modern NATO-sponsored operations. For example, “Successfully tackling Hybrid Threats requires effective Civil-Military Interaction (CMI). CMI, however, has often been described by scholars and practitioners as ineffective. This chapter looks at the experiences from NATO CMI practitioners, explores the challenges they face and provides recommendations for overcoming NATO’s CMI challenges”²⁴.

Thus, it can be stated that the interest in scientific researches of military-legal problems is constantly increasing, and the problems of scientific search and research space of military-legal science are expanding, which creates new scientific directions.

Therefore, we consider civil-military cooperation as an object of scientific research and believe that the main methodological approach to its study is a system-activity approach. The authors of the textbook “Research Methodology” (2017) point out that this approach indicates a specific

²² Візія формування Навчально-наукового центру гендерних компетенцій НУОУ ім. Івана Черняховського. Міністерство оборони України. Національний університет оборони України імені Івана Черняховського. Презентація. Київ, 2020.

²³ Rietjens, Sebastiaan. Civil-Military Interaction: From Practice to Theory. *Chapter from book Effective civil-military interaction in peace operations: Theory and practice*. 2016. P. 275–290. DOI: 10.1007/978-3-319-26806-4_19.

²⁴ West, Koen & Warstat, Joerg. Civil-Military Interaction: Learning from Experience. *Chapter from book A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. 2017. P. 41–60. DOI: 10.1007/978-3-319-60798-6_3.

component of human activity. Among its most important components are the following: need – subject – object – processes – conditions – result. Continuing their opinion, the authors note that the activity approach is a methodological principle, the basis of which is the category of subjective human activity (groups of people, society as a whole), and the components that form the system are characteristic for any activity, both physical and physical intellectual, and testify to its structure²⁵.

2. Protection of Civilians Center of Excellence:

next level on the way of interaction between state and civil society

Based on the methodological principle described above, we consider it possible to apply it to the activities of the Directorate of Civil-Military Cooperation of the Armed Forces of Ukraine (here in after –the Directorate). In order to provide for the public need (public request for protection of civilians and other activities to reduce the negative impact of armed conflict on civilians), the Directorate organizes and coordinates assistance to civilians affected by international or internal conflicts, and organizes the implementation of NATO standards and best practices and leading countries in the world to protect civilians.

The Directorate is not the only subject of the civilian protection system. The Center for Civilians in Conflict (CIVIC) is one of the leading and active international consultants on implementation of best practices on protection of civilians and a proactive expert in initiating the creation of the Protection of Civilians Center of Excellence. For example, in 2017, the Second International Conference on Civil-Military Cooperation was held in Kyiv, where the Armed Forces of Ukraine and CIVIC agreed to intensify cooperation in the field of Protection of Civilians in eastern Ukraine²⁶.

In July 2018, CIVIC and the General Staff of the Armed Forces of Ukraine entered into implementation of the agreements signed “Memorandum of understanding within the project “Building Capacity for Civilian Protection in eastern Ukraine”. One of the key tasks of joint activity should be considered undertake joint efforts to raise the awareness of the Armed Forces of Ukraine and whenever possible other actors within the Security and Defence Sector of Ukraine on protection of civilians in the conflict zone, training the personnel and trainers/instructors using best international

²⁵ Зацерковний В.І., Тишаєв І.В., Демидов В.К. Методологія наукових досліджень : навчальний посібник. Ніжин : НДУ ім. М. Гоголя, 2017. 236 с.

²⁶ Civil-Military Cooperation in the Armed Forces of Ukraine. URL: <https://civic.com.ua/>.

practices, and making sure they apply the skills in their practices via training and train the trainers programs²⁷.

In order to achieve this ambitious goal, we consider it necessary to take the following steps:

- engage international humanitarian actors to support the dissemination of knowledge in protection of civilians and civilian harm mitigation during conflict among government officials and other influencers who are in charge of making decision during armed conflicts;
- take steps to increase the level of awareness in the field of the application of civilian harm mitigation principles by the Armed Forces personnel;
- receive support from international humanitarian actors in the field of civilian harm mitigation and establishing mechanisms supporting its implementation, including establishing Protection of Civilians Center of Excellence;
- ensuring participation of international humanitarian actors in workshop and trainings for different categories of Armed Forces servicemen on protection of civilians and other international instruments related to civilian harm mitigation;
- engage international humanitarian actors for developing theatre-specific scenario-based training programs on protection of civilians and civilian harm mitigation, include these programs in training courses for personnel conducted at various military education and training centers.

We believe that the creation of such Center will meet not only scientific and educational tasks, but also introduce best world practices for the protection of civilians and reduce the loss of Ukrainian citizens as a result of the armed conflict, as well as train specialists not only among the Armed Forces of Ukraine, but also for EU and NATO partner countries.

More than five years of ongoing armed conflict have identified a number of systemic problems and a lack of coordination between public authorities on the protection of civilians. The Ukrainian government is currently seeking ways to address these challenges. The numerous conferences and other similar events that have taken place in recent years give reason to consider the urgent task of implementing the best practices and standards of NATO in Ukraine in terms of protection of civilians in the face of conflict and developing a core regulatory framework.

²⁷ Memorandum of understanding between the General Staff of the Armed Forces of Ukraine and Center for Civilians in Conflict (CIVIC) within the project “Building Capacity for Civilian Protection in eastern Ukraine”. 15 June 2018.

At the moment, Ukraine has a particularly multidimensional character for the protection of civilians in conflict. It includes issues of strategic positioning of the country as a responsible member of the international community, strategic communications domestically and internationally, as well as comprehensive reform of the security and defense sector. Given the importance and relevance of this topic and Ukraine's aspirations for NATO membership, its accession to institutionalization by the Alliance of protection of civilians in a conflict environment will be of strategic, political and humanitarian importance. Therefore, we consider it important to raise awareness of security and defense sector personnel on protection of civilians.

In accordance with the NATO Civilian Population Policy, the Alliance will take action to mitigate the damage suffered by civilians from its actions, building on lessons learned and best practices, by incorporating relevant components into improvement processes. The Alliance will also identify and implement lessons learned on civilian protection, including the implementation of the gender approach, in all operations and peacekeeping missions, as well as in training and in military education. The Alliance also acknowledged the need to include the issue of protecting civilians in the scenarios during trainings and exercises²⁸.

The Alliance is paying great attention to the process of preparing the national armed forces, and NATO will continue to share best practices and experience in protecting civilians, especially in mitigating the consequences of harm to civilians and in respecting human rights and the law of armed conflict. To this end, the Policy provides that educational institutions and training centers will continue to develop specific civilian population training modules for strategic and operational-level military education programs that will address the impact of conflict on women, men, girls and boys²⁹.

At present, the following problematic aspects in the activities of its components can be distinguished in the security and defense sector: the lack of institutionalization of training and training of personnel on the protection of civilians; lack of a system of training and advanced training of civilian personnel; lack of unified approaches to teaching the issues and current aspects of civilian protection; lack of awareness of the security and defense sector personnel in the area of civilian protection.

²⁸ NATO Policy for the Protection of Civilians. Endorsed by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Warsaw 8–9 July 2016. URL: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133945.htm

²⁹ *ibid*

The current status of civilian security training in the security and defense sectors can be characterized as follows: lack of detail in civilian protection competencies and, sometimes, the right of armed conflict by skill level; a fragmented approach to raising the level of competence in the field of armed conflict law and its lack of protection of civilians among security and defense sector personnel and teachers of educational institutions; lack of understanding of the protection of civilians in the overwhelming number of staff requiring training, retraining, postgraduate education and training; lack of qualification characteristics of specialists in the field of protection of the civilian population in the classifier of professional works, professional and educational standard.

The purpose of the establishing of the Protection of Civilians Center of Excellence should be to develop specialized competencies for the protection of civilians on the basis of national strategies and key international instruments for the protection of civilians; implementation of educational, methodical, scientific and research activities in the field of protection of civilians; accumulation of national and international experience on the protection of civilians; introduction of a unified approach to staff training.

The objectives of the Protection of Civilians Center of Excellence should be to develop and implement in the system of training and advanced training of personnel of the Security and Defense Sector education and training programs on the protection of civilians; training of teachers and trainers on the topic of protection of the civilian population; monitoring, evaluating and forecasting the situation of the protection of civilians in the country as a whole, in the war zone and in the security and defense sector; conducting scientific research in the field of protection of civilians.

The main result of the Protection of Civilians Center of Excellence's activities should be to raise awareness of the security and defense sector's personnel in the protection of civilians, to use world best practices in their day-to-day operations, during hostilities, and to participate in security operations.

To achieve this, the Protection of Civilians Center of Excellence will conduct training in this field with a wide range of security and defense sector representatives. This activity will be accompanied by cooperation with military training centers, higher education institutions and training programs for the Ukrainian military, currently being carried out by members of the armed forces of NATO member states.

In our opinion, it is advisable to carry out the formation of the basic components and objectives of the NATO Center for Excellence project using the DOTMLPFI project management methodology (Doctrine, Organization, Training, Materiel, Leadership, Personal, Facilities, Interoperability). With regard to the Protection of Civilians Center of Excellence, this methodology can be implemented as follows:

Doctrine: it is necessary to bring the regulatory and legal framework of activity of the components of the security and defense sector in line with the purpose of establishing the center.

Organization: transformation of the Armed Forces structures and other components of the security and defense sector in line with the latest challenges in the field of civilian protection.

Training: modify and improve education and training standards, curricula and programs in line with the objectives and goals of civilian protection.

Materiel: to secure the financing of the project at the expense of the state budget and international partners.

Leadership: improve management, accountability and responsibility structures between contracting authorities and project developers.

Personal: to prove the level of preparedness of researchers and teaching staff and instructors in accordance with NATO standards and the content of the Centre's vision.

Facilities: bringing the infrastructure and material and technical base of the Center in line with the requirements of the project and its contents.

Interoperability: Ensure the implementation of NATO interoperability standards across all areas of the Center's operations.

The Alliance's policy stipulates that partner countries interested in developing interoperability with NATO on civilian protection should be encouraged to use partnership programs, other available tools and mechanisms, and include civilian protection issues for the purposes of the partnership. Partnership donor countries should provide opportunities for civilian protection training, including mitigation of civilian casualties and civilian casualties.

The established and functioning Protection of Civilians Center of Excellence should become a leading academic institution in the security and defense sector for the protection of civilians, have strong scientific and educational potential to develop relevant staff competencies. Such a center will: train and certify personnel for the security and defense sector in civilian protection; carry out research and scientific support for research into the latest practices and challenges for civilian protection in the security

and defense sector; implement the latest civilian means and protections, in particular by NATO standards, into the national legislation of Ukraine and into the practical work of public authorities; to implement state policy in the field of protection of civilians in the scientific and educational space of the security and defense sector; collaborate with international organizations, donors and partners.

CONCLUSIONS

The ongoing conflict in eastern Ukraine has shown many gaps in responding to contemporary challenges and threats, which has led to increased interest in the scientific development of military-legal problems and actualized the problems of scientific research and research space in military-legal science.

Civil-Military Cooperation is, by its nature, a military instrument, but its main tasks lie in the area of analyzing issues and implementing measures that would be integrated into the “civilian dimension”. Therefore, the correlation between military goals and objectives and civilian priorities require an effective coexistence model.

This demonstrates that Civil-Military Cooperation activities are a comprehensive research platform for various fields of science and schools. The key role in civilian-military research belongs specifically to entities that implement relevant NATO standards and best practices in civilian-military engagement (public administration, international non-governmental humanitarian organizations, and of course the Civil-Military Cooperation Center of Excellence, the Center of Excellence for Gender Competencies, Center of Excellence on Protection of Civilians etc.).

Military actions during armed conflicts cause significant damage to civilians, which requires a proper response and, most importantly, a warning by all public authorities.

The establishing of the Protection of Civilians Center of Excellence will introduce a systematic approach to training to prevent, minimize and reduce harm to civilians during armed conflicts, as well as to create an effective (accessible, understandable, predictable) mechanism for the realization and protection of human rights and freedoms in armed conflict. A coordinated, consistent, coordinated and integrated approach to Protection of Civilians to prevent, minimize and reduce harm to civilians affected by armed conflict in accordance with international standards will be introduced into the activities of all Ukrainian authorities.

SUMMARY

The article analyzes perspective directions of development of military education and sciences, adaptation of national military legislation to the legal standards of the member states of the European Union and Organization of the North Atlantic Treaty; activities of public authorities on civil-military cooperation and in the sphere of interaction of public authorities with civil society institutions; protection of civilians in armed conflicts.

It has been demonstrated that civil-military cooperation and civilian-military interaction are not only a platform for dialogue and coordination of efforts by military and civilian actors in their efforts to resolve humanitarian problems during conflicts and crises, but also an effective platform for learning and research.

The significant damage to civilians during armed conflicts causes a number of problems, in particular: the lack of institutionalization of training and training of security and defense personnel on issues related to protection of civilians; lack of training and qualification training for protection of civilians; lack of unified approaches to teaching problems and current aspects of protection of civilians; lack of awareness of the security and defense sector personnel in the area of protection of civilians.

It is urgent to introduce into the activity of all state bodies of Ukraine a concerted, consistent, coordinated and integrated approach to the protection of civilians in the prevention, minimization and reduction of harm to civilians who have suffered from armed conflicts in accordance with international standards.

REFERENCES

1. Kovalov V. et al. Professional standard of tactical officer of the Armed Forces of Ukraine. Military proficiency qualification: 850400 "Civil-military Cooperation". Branch of knowledge: 08 Law. Specialty: 081 Law. Kyiv, Ukraine, 2018.
2. Beryslavska O., Koropatnik I., Shulgin V., Pashynskiy V., Gushchyn O., and Kuzmenko I. Educational and Professional Program "Civil-Military Relations". Branch of knowledge: 08 Law. Specialty: 081 Law. Kyiv, Ukraine, 2018.
3. Проект паспорту спеціальності 081 «Право», за якою здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти ступенів доктора філософії та доктора наук. URL: <https://mon.gov.ua/ua/news/mon-proponuye-dlya-gromadskogo-obgovorennya-proekt-pasportu-specialnosti-081>.
4. Про затвердження примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень в межах спеціальності 081 «Право»: Наказ Міністерства освіти і науки України № 1477 від 28 грудня 2018 р. URL:

<https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-primirnogo-pereliku-ta-opisu-predmetnih-napryamiv-doslidzen-v-mezhah-specialnosti-081-pravo>.

5. Положення про Цивільно-військове співробітництво Збройних Сил України, затверджене Наказом Генерального штабу Збройних Сил України від 20 грудня 2017 р. № 446. URL: <https://cimic.com.ua/kerivni-dokumenti-z-pitan-cvs-zsu>

6. Civil-military Cooperation Centre of Excellence. URL: <https://www.cimic-coe.org/about-cimic/sponsoring-nations/>.

7. Herkel, Heiko. The CIMIC Centre of Excellence: improving cross-organisational perspectives on civil-military interaction. *Humanitarian Exchange Magazine*. 2013. Issue 56. P. 8–10. URL: <https://www.cimic-coe.org/products/conceptual-design/downloads/ccoe-publications/articles/>.

8. Scheltinga, Tjallie & Rietjens, Sebastiaan & Boer, Sirp & Wilderom, Celeste. Cultural Conflict within Civil-Military Cooperation: A Case Study in Bosnia. *Low Intensity Conflict & Law Enforcement*. 2005. № 13. P. 54–69. DOI: 10.1080/09662840500223606.

9. Brocades Zaalberg, Thijs. Countering Insurgent-terrorism: Why Nato Chose The Wrong Historical Foundation For Cimic. *Small Wars and Insurgencies*. 2006. № 17. P. 399–420. DOI: 10.1080/09592310601060799.

10. Rietjens, Sebastiaan & Verlaan, Kirsten & Brocades Zaalberg, Thijs & Boer, Sirp. Inter-Organisational Communication in Civil-Military Cooperation During Complex Emergencies: A Case Study in Afghanistan. *Disasters*. 2008. № 33. P. 412–435. DOI: 10.1111/j.1467-7717.2008.01081.x.

11. Egnell, Robert. Civil-military coordination for operational effectiveness: Towards a measured approach. *Small Wars & Insurgencies*. 2013. № 24 (2). DOI: 10.1080/09592318.2013.778017.

12. Thynne, Kelisiana & Cherne, Gwen. Preparation Starts at Home: Education and Training for Civil-Military Interaction. *Chapter from book Effective civil-military interaction in peace operations: Theory and practice*. 2016. P. 61–75. DOI:10.1007/978-3-319-26806-4_5.

13. Cusumano, Elsa & Corbe, Marian. A Civil-Military Response to Hybrid Threats. Book. 2017. DOI: 10.1007/978-3-319-60798-6.

14. Colona, Silvia. Humanitarian Principles: A Bridge and a Compass for Civil-Military Coordination. *Chapter from book A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. 2017. P. 123–143. August 2017. DOI:10.1007/978-3-319-60798-6_7.

15. Hoogensen Gjørv, Gunhild. Understanding civil-military interaction: Lessons learned from the Norwegian model. 2014. Publisher: Ashgate/Routledge. URL: <https://www.researchgate.net/publication/286128525>

16. Hoogensen Gjørv, Gunhild & Kleppe, Toiko. Civil-Military Interaction, CIMIC and Interacting with Gender. *Effective Civil-Military Interaction in Peace Operations*. 2016. P. 249–261. DOI: 10.1007/978-3-319-26806-4_17.

17. NATO Standardization Agreement (STANAG) 2437 NATO Standard AJP-01 Allied Joint Publication “Allied Joint Doctrine”. February 2017. URL: <https://nso.nato.int/nso/nsdd/listpromulg.html>.

18. Візія формування Навчально-наукового центру гендерних компетенцій НУОУ ім. Івана Черняхівського. Міністерство оборони України. Національний університет оборони України імені Івана Черняхівського. Презентація. Київ, 2020.

19. Rietjens, Sebastiaan. Civil-Military Interaction: From Practice to Theory. *Chapter from book Effective civil-military interaction in peace operations: Theory and practice*. 2016. P. 275–290. DOI: 10.1007/978-3-319-26806-4_19.

20. West, Koen & Warstat, Joerg. Civil-Military Interaction: Learning from Experience. *Chapter from book A Civil-Military Response to Hybrid Threats*. 2017. P. 41–60. DOI: 10.1007/978-3-319-60798-6_3.

21. Зацерковний В.І., Тішаєв І.В., Демидов В.К. Методологія наукових досліджень : навчальний посібник. Ніжин : НДУ ім. М. Гоголя, 2017. 236 с.

22. Civil-Military Cooperation in the Armed Forces of Ukraine. URL: <https://cimic.com.ua/>.

23. Memorandum of understanding between the General Staff of the Armed Forces of Ukraine and Center for Civilians in Conflict (CIVIC) within the project “Building Capacity for Civilian Protection in eastern Ukraine”. 15 June 2018

24. NATO Policy for the Protection of Civilians. Endorsed by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Warsaw 8–9 July 2016. URL: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133945.htm

Information about authors:

Beryslavska O. M.,

PhD in Law,

Associate Professor at the Military Law Department

Military Institute

of Taras Shevchenko National University of Kyiv

81, Lomonosova str., Kyiv, Ukraine

Gushchyn O. O.,

PhD in Law, Colonel,

Professor at the Military Law Department

Military Institute

of Taras Shevchenko National University of Kyiv

Lomonosova str., 81, Kyiv, Ukraine

СУСПІЛЬНО-ГУМАНІТАРНІ НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ В УКРАЇНІ: ІНФОРМАЦІЙНИЙ ВИМІР

Беляков К. І., Золотар О. О.

ВСТУП

Епоха формування інформаційного суспільства дедалі генерує все більше суспільних проблем, для успішного розв'язання яких потрібні дослідження на межі різних наук, де відбуваються їх взаємодія, взаємодоповнення і взаємозбагачення. Саме таким міждисциплінарним «перехрестям» сьогодні є сфера досліджень феномену інформації, породжених нею в суспільстві явищ і наслідків, процесів, тенденцій та відносин, які існують і функціонують у формі цілісної єдності та взаємодії інформаційної активності, інформаційного спадку й інформаційної культури. «Інформація» – одне із центральних понять сучасних наукових знань, що все частіше розглядається як третій компонент буття поряд із речовиною й енергією. Саме інформаційні процеси становлять основу багатьох наукових дисциплін.

Але аналіз сучасних досліджень стану та структури наукових знань про інформацію та пов'язані з нею суспільні явища і процеси показує цілковиту відсутність єдиного підходу до їх структуризації в сьогочасному наукознавстві. Свого часу М. Полевой зазначав: «Розвиток наук вступає в таку фазу, коли взаємозв'язки між ними, взаємопроникнення и взаємодія все більше підсилюються»¹. І в цьому, ми впевнені, немає нічого дивного. Така ситуація зумовлена процесами глобалізації й інтенсивного переходу суспільства від індустріального до інформаційного укладу – інформатизацією, зміною наявної загальної системи наукових і практичних уявлень про інформацію, формуванням нової інформаційної парадигми. Не є винятком і соціальні та гуманітарні науки.

1. Парадигма науки. Інтеграція та диференціація наукових знань

Нагадаємо, що під парадигмою розуміють «сукупність філософських, загальнотеоретичних основ науки; систему понять і уявлень, які властиві певному періодові розвитку науки, культури, цивілізації»².

¹ Полевой Н. Криминалистическая кибернетика. Москва, 1982. С. 29–30.

² Бибик С., Сюта Г. Словник іншомовних слів: тлумачення, словотворення та слововживання. Харків : Фоліо, 2006. С. 415.

Т. Кун підкреслював, що кожна парадигма включає такі аспекти. По-перше, це найбільш загальна картина раціонального упорядкування природи, деякий міні-світогляд. По-друге, це дисциплінарна матриця, що характеризує сукупність переконань, цінностей, технічних засобів тощо, що об'єднують учених у наукове співтовариство. По-третє, це загально визнаний зразок, шаблон для розв'язання мудрокрутів. Історія науки – це конкурентна боротьба наукових співтовариств, що супроводжується зміною парадигм. Панування парадигми – це період «нормальної науки», що завжди закінчується «вибухом парадигми зсередини»³. Отже, парадигма виступає як особливий спосіб організації наукового знання, що визначає те чи інше бачення світу. «Вона містить нерозв'язані питання, тобто відкриває простір для досліджень. Парадигма не є чимось статичним, застиглим. На її основі проводяться дослідження, у результаті яких парадигму переформовують, уточнюють»⁴.

Так, досліджуючи сучасну парадигму інформації, вітчизняний філософ Т. Геращенко доходить висновку, що «на сучасному етапі розвитку <...> класифікація наук про інформацію має такий вигляд : 1. Системні науки про інформацію (теорія інформації, кібернетика, загальна теорія систем). 2. Когнітивні науки (теорія штучного інтелекту, семіотика, лінгвістика (нейролінгвістика, психолінгвістика, обчислювальна лінгвістика), психологія (нейропсихологія, обчислювальна психологія, когнітивна психологія), нейрофізіологія, антропологія (когнітивна антропологія, антропологічна лінгвістика), філософія (теорія пізнання). 3. Соціотехнічні науки – інформатика, програмування, науки про комунікацію і зв'язки, науки про управління, соціологія знання, економіка (економічні питання інформації і знання)»⁵.

Бачиться, що надане автором трактування класифікації «наук про інформацію» є не вповні коректним. Тому вважаємо за доцільне висловити свою думку із цього питання. Почнемо з останньої (третьої) категорії.

В авторському розумінні інформатики мають місце деякі, і першочергові, проблеми. Ідеться про те, що Т. Терещенко не визнає, яку інформатику має на увазі – теоретичну, технічну, соціальну,

³ Kuhn T. The Structure of Scientific Revolutions. Chicago University of Chicago press, 1962.

⁴ Чуйко В. Рефлексія основоположень методологій філософії науки. Київ : Центр практичної філософії науки, 2000. С. 193.

⁵ Геращенко Т. Філософсько-методологічний аналіз сучасної парадигми інформації : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.09. Суми, 2003. С. 59.

історичну – згідно з її класифікацією в сучасній науці (яка, до речі, теж є сьогодні досить сумнівною), чи інформатику, що викладається у школі, тобто «комп'ютерну грамотність». А саме віднесення інформатики до соціотехнічних наук залежить від визначення її різновиду. Останнім часом говорять і про економічну, історичну, військову й інші «інформатики», навіть правову. Щодо економіки, якщо вона розглядається як наукове знання, а не як галузь господарства, то вона є сукупністю низки економічних наук, а «економічні питання інформації і знання» стосуються радше економічної інформатики (за останніми тенденціями – економічної інформаціології) – міжгалузевих наукових знань у межах тієї ж економіки⁶.

Коли йдеться про програмування та «науки про комунікацію і зв'язки», (у їх математичному та технічному розумінні), на нашу думку, це категорії з кібернетики та її напрямів (наприклад, теорії комунікацій). Категорія «керування» (можливо, більш коректним буде вживання терміна «управління») також потребує уточнення. Загальноприйнято, що управління як категорія кібернетична може здійснюватися в біологічних, технічних, а також соціальних системах. Ці процеси вивчаються відповідно біологією, кібернетикою і теорією соціального управління. Соціологія знання як наука викликає деякі сумніви. Принаймні нам відома соціологія, у якій започатковуються, як і в усякому науковому напрямі, нові теорії та концепції, хоча вивчення феномену «знання», навіть з погляду досліджування його в соціальному змісті (соціальні знання), за наданим переліком, було б доречно віднести до предмета вивчення «когнітивних наук».

На наш погляд, можливо дискутувати й щодо складу перших двох зазначених груп – системних наук про інформацію та когнітивних наук. Хоча актуальність «міжгалузевих» наукових знань сьогодні безумовна.

Наведений приклад ще раз свідчить про відсутність єдності розуміння структури наукових знань про інформацію. Такий стан у сучасному наукознавстві не може не впливати на формування «інформаційних» наук у межах соціогуманітарних досліджень.

Однак фахівці, принаймні вітчизняні, які досліджують питання місця інформації в суспільних науках, сутності інформаційної діяльності, впливу інформаційних процесів на суспільство на міжгалузевому рівні і, нарешті, правове регулювання сфери інформаційних відносин, чомусь рідко звертаються до проблем класифікації та структури наук про інформацію в соціогуманітарному секторі науки, що

⁶ Мунтян В. Основи теорії інформаціогенної моделі економіки. Київ : КВІЦ, 368 с.

справді мають суто теоретико-методологічний (загальнонауковий) характер, але мають велике практичне значення для подальшого розвитку науки загалом.

Сьогодні превалюють практичні підходи – як до законодавчого регулювання сфери інформаційних відносин (формування інформаційного законодавства), так і до проблем впровадження та використання здобутків науково-технічного прогресу в управлінській діяльності (створення спеціалізованих інформаційних систем), а також із питань організаційно-правових і технологічних заходів протидії негативним явищам, що відбуваються в суспільстві через неправомірне використання інформаційних технологій, захисту інформації тощо.

Водночас відомо, що розвиток будь-якої науки має подвійну зумовленість. По-перше, необхідно, щоб науково-теоретичні дослідження в даній галузі знань характер були безперервними, розвивалися за наростаючою, а по-друге, щоб наукові досягнення впроваджувалися в реальну соціальну практику у відповідній сфері людської діяльності. Але все це можливо лише за наявності певного масиву знань у науковій галузі. Стосовно процесу розвитку соціогуманітарних «інформаційних» напрямів, то такими є на часі знання методів і засобів математики, кібернетики, інформатики, інформаційних технологій і низки інших, а також формування відповідного термінологічно-понятійного апарату зазначених наук (аксіоматики) у соціальні напрями досліджень.

Диференціація й інтеграція наукових пошуків перебувають у діалектичній єдності, у єдності й у боротьбі протилежностей – роз'єднання й об'єднання. Ці протилежності взаємно умовлюють, утримують і доповнюють одна одну. Диференціація розуміється як процес розподілу науки на низку спеціалізованих напрямів, їх виділення в самостійні розділи знань. Інтеграція, натомість, становить синтез наук на основі їх взаємозв'язку, взаємопроникнення, взаємодії їхніх методів, ідей, теорій.

Формально диференціація, що веде до специфікації й індивідуалізації науки, зі своїми поняттями, засобами та мовою, є шляхом до відособлення наукової галузі, до міжнаукового розмежування. Це твердження обґрунтоване за превалювання тенденцій до розподілу і самозамикання, за розриву міжнаукових зв'язків, відірваності понятійної й аксіоматичної бази науки від інших наукових систем. Але водночас це твердження є суперечливим, оскільки диференціація здійснюється через інтеграцію, несе в собі елементи інтеграції, є необхідною умовою розвитку науки загалом.

Для інтеграції множини наук, що мають соціогуманітарний зміст, в одне системне утворення необхідна спільна «наукова платформа», якою є інформація та відповідні ресурси. Так, не виникає сумнівів, що інформаційні процеси та явища становлять предмет дослідження філософії, державного управління, політології, соціології, соціальних комунікацій, психології, педагогіки і, нарешті, права. Більш конкретно зазначений предмет виявляється в напрямках досліджень за окремими спеціальностями зазначених напрямів наукових пошуків.

Яскравим прикладом інтеграції та диференціації наукових дисциплін є системна, але, за нашим переконанням, досить формальна, реформа науки, що розпочалась в Україні у 2015 р.⁷, до якої маємо намір повернутися згодом.

Р. Нугаєв влучно зазначає, що «історія науки може розглядатися як історія постійно флюктуючих, віртуальних теоретичних і експериментальних практик, що зароджуються і зникають»⁸. Певну історію використання здобутків науково-технічного прогресу мають і соціогуманітарні науки. Звернемося до історико-порівняльного аналізу як до загальнонаукового методу дослідження.

2. Генеза соціогуманітарних досліджень інформаційних процесів і явищ

Упровадження здобутків науково-технічного прогресу в соціальні науки пов'язане з появою до кінця 50-х рр. минулого століття цілої «родини» теорій інформації, що предметно досліджували інформаційні процеси в тих чи інших їхніх специфічних змісті та формі. Це кібернетика (Н. Вінер, К. Шеннон)⁹; ¹⁰; ¹¹, теорія систем, документалістика, лінгвістика, символічна логіка, інформологія (Р. Харлі) та інформатика. Науковці тих часів зазначали, що наука про інформацію «виросла із практичних потреб електро- і радіозв'язку <...>»¹²,

⁷ Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти : постанова Кабінет міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/266-2015-%D0%BF>.

⁸ Нугаєв Р. Смена базисных парадигм: концепция коммуникативной рациональности. *Вопросы философии*. 2001. № 1. С. 114.

⁹ Вінер Н. Кибернетика или управление и связь в животном и машине. Москва : Сов. радио, 1948.

¹⁰ Вінер Н. Кибернетика и общество. Москва : Наука, 1958.

¹¹ Шеннон К. Работы по теории информации и кибернетике. Москва : Мир, 1968.

¹² Сифоров В. Наука об информации. Вестник Академии наук Союза Советских Социалистических Республик. 1974. № 3. С. 34–42.

а також «<...> необхідності вирішення соціальних проблем, пов'язаних, насамперед, із науковим управлінням суспільством і природою»¹³. Водночас кібернетика довгий час існувала як метанаука, єдина «антиентропійна наука», що послужило приводом занадто широкого трактування її предмета та завдання. Виправдане прагнення максимально повно використовувати методологію кібернетики в інших науках призвело до зовсім невиправданих спроб створення «галузевих кібернетик». Кібернетика розгалужувалась на загальну (теоретичну), технічну, медичну, економічну, криміналістичну, правову й інші наукові дисципліни.

Інформатика в той час посідала своє скромне, але, як здавалося, назавжди певне «місце». Правда, ще в 1963 р. Ф. Темников спробував зв'язати інформатику з електронно-обчислювальними машинами (далі – ЕОМ) і кібернетичними системами. Однак тоді його коротка публікація залишилася майже непоміченою¹⁴.

Отже, до кінця 70-х рр. загальноприйнятим було визначення кібернетики як науки «про інформаційно-управлінські процеси в цілеспрямованих системах будь-якої природи й про автоматизацію цих процесів за допомогою електронно-обчислювальної техніки, і була інформатика – розділ наукознавства, що розглядався як досить вузька дисципліна, що вивчає наукові комунікації поза зв'язком з ЕОМ і кібернетикою»¹⁵.

У 1978 р. відбувся переломний момент у розмежуванні понять «кібернетика» й «інформатика». На організованій ЮНЕСКО Міжурядовій конференції зі стратегії й політики в галузі інформатики, що проводилася в Іспанії, уперше пролунало її визначення як нової галузі наукових знань, «<...> яка пов'язана з розробкою, створенням, оцінкою, використанням і матеріально-технічним обслуговуванням систем обробки інформації, зокрема машини й обладнання, матеріальне забезпечення, організаційні й людські аспекти, а також комплекс їх промислового, комерційного, адміністративного, соціального й політичного впливу»¹⁶.

¹³ Бузгалин А. «Постиндустриальное общество» – тупиковая ветвь социального развития? *Вопросы философии*. № 5. С. 26–43.

¹⁴ Темников Ф. Информатика. Известия вузов. Электромеханика. 1963. № 11. С. 121.

¹⁵ Емельянов С., Ларичев О. Многокритериальные методы принятия решений. Москва, 1985. С. 12–19.

¹⁶ Конференция СПИН – 1978 : Межправительственная конференция по стратегии и политике в области информатики, Торремолинос (Испания), 28 августа – 6 сентября 1978 г. UNESCO (SC-78) Spin-5. Paris, 1978.

У наступному 1979 р., за ініціативою академіка В. Глушкова, на загальних зборах Академії наук (далі – АН) Союзу Радянських Соціалістичний Республік (далі – СРСР) відбулося обговорення проблем інформатики в її новому статусі. Однак така пропозиція не була оцінена належним чином.

Основна маса публікацій інформатики того часу акцентувала логіко-математичні й технічні аспекти інформаційних систем і процесів, з виділенням, як підкреслював О. Дородніцин, «трьох китів, на яких тримається інформатика: техніки, алгоритму, програми»¹⁷.

На початку 80-х рр. з'явилися ціла низка наукових статей, присвячених обговоренню проблем інформатики. У них уперше було порушено питання необхідності виводу інформатики за межі наукознавства та документалістики, надавши їй водночас більш широкого статусу, статусу науки про інформаційно-обчислювальні системи та процеси як елементи соціального середовища. Центральною проблемою інформатики (на відміну від кібернетики) називалася проблема «вбудовування» комп'ютерних систем у суспільну сферу. Восени 1983 р. з'явилася брошура В. Михалевича, Ю. Канигіна та В. Гріценка «Інформатика (Загальні положення)». У ній наводилося таке визначення: «Інформатика – комплексна інженерна дисципліна, що вивчає всі аспекти розробки, проєктування, створення, оцінки, функціонування машинізованих (заснованих на ЕОМ) систем переробки інформації, їх застосування та впливи на різні галузі соціальної практики»¹⁸. Водночас підкреслювалося, що поява інформатики зумовлена виникненням і поширенням нової – індустріальної – технології збору, обробки, передачі інформації, пов'язаної з фіксацією даних на машинних носіях. Отже, інформатика пов'язувалася з інформаційними технологіями й комп'ютеризованими системами, що їх реалізують. Почався процес формування інформатики як самостійної науки та її відділення від кібернетики, який водночас супроводжувався деяким применшенням ролі кібернетики.

Однак уже тоді існувало розуміння інформатики, яке представлене у працях В. Сіфорова, що зводив її до вчення про «інформацію загалом» – інформатології¹⁹. За своїм змістом вона була продовженням

¹⁷ Дородніцин А. Информатика: предмет и задачи. Вестник Академии наук Союза Советских Социалистических Республик. 1985. № 2.

¹⁸ Михалевич В., Каныгин Ю., Гриценко В. Информатика (Общие положения). Киев, 1983. С. 20.

¹⁹ Сифоров В. Информология, научно-технический и социально-экономический прогресс. *Электроноргтехника*. 1983. № 2. С. 5.

теорії інформації К. Шеннона, його вчення про джерело інформації, канали, шуми, кодування, релевантність тощо.

Не могла залишатися поодаль від процесів становлення та розвитку «інформаційних» наук і юриспруденція – юридична практика та правова наука. Але якщо перші роботи Н. Вінера і К. Шеннона з'явилися ще в 1948 р., юридична наука звернулася до них лише наприкінці 60-х рр. із появою ЕОМ.

У той час у колишньому СРСР юридична наука й освіта традиційно будувалися так, що правові наукові дослідження і навчальні плани вишів не передбачали не тільки вивчення, але навіть загального ознайомлення із зазначеними вище галузями знань.

Варіантом виходу із ситуації, що склалася у галузі розроблення та впровадження новітніх (на той час кібернетичних) засобів, методів і технологій в організаційно-правову сферу соціальної діяльності, було об'єднання зусиль юристів і фахівців у галузі кібернетики. Тому у штат юридичних науково-дослідних інститутів і лабораторій, починаючи із другої половини 60-х рр., стали вводитися посади математиків, програмістів і фахівців з обчислювальної техніки.

Але в результаті склалася ситуація, коли засоби вирішення правових і управлінських завдань із використанням математичних методів і ЕОМ, досягнень кібернетики й обчислювальної техніки, що розроблялися, незважаючи на безумовні переваги, практично не впроваджувалися (і не могли впроваджуватися) у практику, тому що їх потенційні користувачі виявилися до цього не підготовленими. Отже, з'явилися великі труднощі в розробці, впровадженні та подальшому вдосконаленні нових засобів і методів. Це було зумовлено насамперед відсутністю в їх потенційних користувачів елементарних навичок роботи на комп'ютерній техніці, обмеженістю уявлень про коло можливостей нових технологій. Фахівці ж із математики та «кібернетики» не мали юридичної підготовки, отже, не могли самостійно формулювати завдання, які могли б бути вирішені за допомогою ЕОМ.

Стало очевидним, що є лише один вихід – увести в юридичних вишах викладання нової дисципліни, вивчення якої дозволило б одержати хоча б елементарні знання щодо зазначених і пов'язаних із ними питань.

Спроби «залучення» фахівців-юристів, як учених, так і практиків, до вивчення та впровадження досягнень наук кібернетичного циклу у правовій діяльності, як ми вказували вище, почалися ще наприкінці 60-х рр. Проте такі інновації мали місце лише в центральних вищих

навчальних закладах країни, що загалом не могло привести до очікуваного ефекту. Першими кроками в цьому напрямі було введення як факультативних таких дисциплін, як «Використання кібернетики у праві» (Київський державний університет (далі – КДУ), 1968 р.), «Основи правової кібернетики» (Тартуський державний університет, 1968 р.), «Деякі проблеми правової кібернетики» (Московський державний університет (далі – МДУ), 1969 р.). З'явилися перші наукові та навчально-методичні розробки в цій галузі²⁰.

Однак ані юридичний факультет МДУ, ані інші названі заклади освіти не мали належної матеріально-технічної бази, зокрема власних ЕОМ, що обмежувало навчальний процес лише однією формою надання матеріалу – лекціями. Тому вивчення предмета дозволяло лише ознайомитись із сутністю і завданнями правової кібернетики та теоретичними основами використання її засобів і методів, напрямами використання останніх у сфері юридичної діяльності.

Незважаючи на наявні недоліки, ці кроки мали велике значення. Упровадження «технічних» навчальних спецкурсів дозволило, з одного боку, виявити наявність різного розуміння сутності нового наукового напрямку та цілей його впровадження в гуманітарних навчальних закладах, з іншого – визначити комплекс заходів, необхідних для забезпечення його викладання, а отже, і подальшого розвитку. Навіть у такій постановці це сприяло розумінню слухачами – майбутніми практичними юристами та науковцями можливостей і значення математико-кібернетичних методів вирішення правових завдань, правильній оцінці отриманих за їхньою допомогою даних і відомостей, нарешті, з'ясуванню тенденцій розвитку правової науки та юридичної діяльності.

Поява нового напрямку міжгалузевих знань у вітчизняній юридичній науці та практиці зумовила розвиток прикладних юридичних дисциплін, наприклад, криміналістики. Так, формування криміналістичної, а в подальшому і правової кібернетики прийнято пов'язувати з ім'ям видатного радянського вченого-криміналіста Миколи Степановича Полевого. Не дивно, що ідея використання сучасних науково-технічних досягнень знайшла свій найбільший розвиток у криміналістиці. Адже історично так склалося, що саме цей напрям наукових знань в юридичній науці частіше за інші використовував технічне знаряддя,

²⁰ Рандау Х. Преподавание спецкурса «Основы правовой кибернетики» для юристов. *Применение математических методов и вычислительной техники в праве, криминалистике и судебной экспертизе*. Москва, 1970 ; Витрук Н., Земляной М. О преподавании курса «Основы правовой кибернетики». *Правоведение*. 1972. № 2 ; Шляхов А. *Правовая кибернетика*. Москва : Наука, 1973. 253 с.

а серед учених-криміналістів було немало фахівців із різних технічних наук – математиків, хіміків, металознавців та ін. Саме в цю галузь прийшли перші «кібернетики». У криміналістиці й дотепер спостерігається найбільший рівень використання та вивчення інформаційних процесів, технологій, автоматизованих систем²¹.

Наприкінці 70-х рр. вийшли у світ праці М. Полевого²² й інших учених, що лягли в основу спецкурсу «Криміналістична кібернетика».

У 1975 р. розроблену М. Полевим програму курсу «Основи правової кібернетики» було схвалено Методичною радою Міністерства вищої та середньої спеціальної освіти СРСР та вперше введено в навчальний план МДУ як обов'язкову для студентів юридичного факультету. Структурно курс складався із двох частин – загальної та спеціальної. До загальної частини були віднесені такі питання, як: система основних понять та ідей кібернетики, її роль у формуванні правової кібернетики, методологічні, інформаційні та логіко-математичні основи правової кібернетики, система її технічних засобів тощо. Спеціальна частина курсу відображала основні напрями використання засобів і методів правової кібернетики для вирішення конкретних організаційно-правових завдань і перспективи їхнього розвитку.

Відповідно до цієї програми, у 1977 р. вийшли перший навчальний посібник²³ і монографія, присвячена питанням теорії та практики застосування кібернетики у правознавстві²⁴.

Тільки наприкінці 80-х рр. в юридичних вишах країни почали з'являтися комп'ютерні класи та локальні мережі. Однак, незважаючи на свої гучні назви, навчальні курси все ж таки зводилися до викладання основ комп'ютерної грамотності. Так, починаючи з 1 вересня 1985 р., підготовку і перепідготовку студентів та викладачів вишів – слухачів факультету підвищення кваліфікації (далі – ФПК) у МДУ почали проводити вже за новою програмою. Структурно вона складалася із двох частин. До першої частини входили питання, об'єднані загальною назвою «Основи кібернетики та обчислювальної техніки». У ній розглядалися такі фундаментальні поняття, як «інформація»,

²¹ Колдин В., Полевой Н. Информационные процессы и структуры в криминалистике. Москва : Изд-во МГУ, 1985. 133 с.

²² Полевой Н. О правовой и криминалистической кибернетике и вопросах их преподавания в юридических вузах. *Вопросы информатики*. Вып. 40. *Правовая информатика*. Москва, 1977 ; Полевой Н. Криминалистическая кибернетика. Москва, 1982.

²³ Основы правовой кибернетики / под ред. Н. Полевого, А. Шляхова. Москва, 1977.

²⁴ Основы применения кибернетики в правоведении / под ред. Н.Полевого, Н. Витрука. Москва, 1977.

«алгоритм», «ЕОМ», сполучені з ними: інформаційні процеси і системи, алгоритмізація завдання і можливості автоматизації виконання алгоритму, програмування й алгоритмічна мова, сутність і різновиди ЕОМ тощо. До завдання цієї частини курсу входило не тільки одержання теоретичних знань, але й набуття практичних навичок програмування та роботи на ЕОМ. У другій частині курсу під назвою «Основи правової кібернетики» містилися питання, що характеризують специфіку застосування інформатики й обчислювальної техніки для вирішення правових завдань, умови, межі та напрями застосування обчислювальної техніки у сфері юридичної діяльності, правові й організаційні питання її використання й інші проблеми.

Наприкінці 80-х – на початку 90-х рр. з'явилися праці Е. Бернштейна, Ю. Шнейдера, В. Міхалевича та Ю. Канигіна, В. Афанасьєва²⁵ та інших, у центрі уваги яких уже були семантичні сторони інформації, співвідношення понять «інформація» й «знання», їхніх функцій у суспільних системах.

Незважаючи на те, що «великий різнобій у розумінні її предмета, відсутність оригінальних понять, які не підмінюють поняття інших наук, говорить про те, що дана галузь науки переживає етап накопичення й осмислення емпіричного матеріалу»²⁶, на сучасному етапі розвитку наукових знань інформатика набула статусу однієї з галузей наукового знання, яка формує системно-інформаційний підхід до аналізу навколишнього світу, вивчає інформаційні процеси, методи і засоби одержання, перетворення, передачі, зберігання і використання інформації, фундаментальної науки про інформаційні процеси в системах різної природи.

Мабуть, саме такі позиції зумовили зміну загальнонаукових поглядів на предмет інформатики як окремої галузі наукових знань і появу на початку 90-х рр. минулого століття праць учених, у яких ішлося вже про правову кібернетику-інформатику²⁷.

²⁵ Бернштейн Э. Информатия управления научно-техническим прогрессом и новая информационная технология. *Актуальные проблемы развития и внедрения новой информационной технологии*. Москва, 1989; Шнейдер Ю. Социальные аспекты информатики. *НТИ*. Сер. 2. ВИНТИ. 1989. № 1; Михалевич В., Каныгин Ю., Грищенко В. Информатика (Общие положения). Киев, 1983; Афанасьев В. Социальная информатия. Москва: Наука, 1994. 201 с.

²⁶ Кибернетика. Становление информатики. Москва: Наука, 1986. С. 6.

²⁷ Правовая информатика и кибернетика: учебник / Г. Атанесян и др.; под ред. Н. Полевого. Москва: Юрид. лит., 1993; Правовая информатика: учебное пособие / Т. Беляева и др.; под ред. М. Рассолова. Москва: Юрист, 1993. 288 с.; Гаврилов О. Основы правовой информатики: учебное пособие. Москва: Институт государства и права РАН, 1998, 42 с.

Тут, на наш погляд, доречно буде повернутися до питання розподілу кібернетики за галузями діяльності, що має місце і сьогодні, незважаючи на повне становлення інформатики як галузі наукових знань. Поділяємо думку Ю. Канигіна, який цілком аргументовано стверджує, що такий розподіл «оснований на нерозумінні того, що кібернетика – формально-математична наука, яка абстрагується від фізичної природи об'єктів»²⁸. Не може бути технічної, правової або економічної кібернетики, як не може бути технічної, правової або економічної математики, тому що остання може використовуватися лише у змістовному аналізі. Вивчаючи ізоморфні – структурні подібності різних систем, кібернетика, таким чином, підмінює собою інформатику, яка, будучи змістовною наукою, покликана враховувати специфіку різних галузей людської практики, зокрема юриспруденції, виходячи зі змістовного трактування досліджуваного об'єкта. Водночас залежно від різних соціальних підсистем інформатика неминуче «розгалужується», на підставі чого справді можна говорити про її ділення на економічну, технічну, медичну, правову, криміналістичну тощо. Треба особливо наголосити, що коли йдеться про розподіл за різними соціальними підсистемами, ми говоримо про теоретичну інформатику, тоді як наявне розгалуження за різними інформаційними сферами породжує відгалуження прикладної інформатики, яка обслуговує створення інформаційних технологій і систем у цих сферах.

Розглянутий період розвитку правової науки пов'язаний також і з піднесенням «управлінських» наукових знань – теорії управління організаційними системами як розділу науки соціальне управління, об'єктом якої є «<...> управління як реальний феномен, певна ділянка соціальної практики, своєрідна діяльність»²⁹.

Однак у філософській літературі тих часів серйозна рефлексія щодо впливу інформаційних процесів на соціальну практику, формування інформаційного суспільства й «інформаційно-комп'ютерної революції» була негативною. Ці поняття розглядалися як псевдонаукові, а ідеологічна інфікованість заважала помічати глобальні зміни в соціальній реальності. Навіть після появи перших робіт про історичну неминучість і соціальну прогресивність інформатизації суспільства переважала вкрай негативна оцінка цього процесу. О. Суханов писав «Буржуазні

²⁸ Каныгин Ю., Калитич Г. Основы теоретической информатики. Киев : Наукова думка, 1990. 233 с. С. 82.

²⁹ Плішкін В. Теорія управління органами внутрішніх справ : підручник / за ред. Ю. Кравченка. Київ : Національна академія внутрішніх справ України, 1999. С. 57.

теоретики інформації фетишизують ролі інформації у природі й суспільстві, намагаються створити концепції так званого «інформаційного суспільства» і пророкують йому то всілякі блага, то непередбачені нещастя. Це дає підстави розглядати всілякі концепції «суспільства, що інформацізується, комп'ютеризується» як чергову модну, але з погляду науки неспроможну спробу соціологічного прогнозування»³⁰.

Характерними для ставлення радянської філософської думки до процесу інформатизації й формування інформаційного суспільства як соціально-історичного феномену були думки, виражені Є. Семенюком, який зазначав: «За допомогою монополії на інформаційні засоби менш розвиненим країнам нав'язують далекі їм цінності й ідеали, імперіалізм намагається диктувати свою волю всьому світові. Волелюбні народи, як відомо, піднялися на боротьбу з інформаційним імперіалізмом <...> Валиться ще одна соціальна ілюзія – надія використати інформацію як інструмент духовного засилля й глобального диктату <...> Досягненнями в галузі інформатики намагаються тому шантажувати Радянський Союз та інші соціалістичні країни. І це теж ілюзія – надія на те, що таке вдасться <...> Одна з найбільш уразливих сторін проєкту вилікування всіх хвороб буржуазного суспільства шляхом його «інформатизації» пов'язана з безробіттям – вічним супутником капіталізму. Виношуються надії за допомогою інформаційної техніки значно підвищити зайнятість населення й навіть цілком позбутися безробіття»³¹.

На той час значної критики зазнала теорія ноосфери М. Вернадського, яку він ще в 1923 р. виклав у Сорбонні як еволюційно-проєктивне розуміння про перетворення людини на могутню геологічну силу, здатну переділити у своїх інтересах біосферу Землі, виокремлюючи два етапи формування ноосфери: стихійний і свідомий. Вагоме значення має етична спрямованість вчення про ноосферу, а саме принципи єдності людини і природи; зростання наукової думки; інтернаціоналізації науки як духовної єдності людства; критичності; моральної відповідальності вчених; творчості; соціальності науки³². В. Вернадський виділяв декілька основних передумов становлення ноосфери, як-от: 1) єдність людства на всій земній кулі – «немає жодного клаптика Землі, де б людина не могла прожити, якщо б це

³⁰ Суханов А. Информация и прогресс. Новосибирск, 1988. С. 87.

³¹ Семенов Э. Информатика: достижения, перспективы, возможности. Москва, 1988. С. 148.

³² Вернадский В. Несколько слов о ноосфере. URL: https://www.e-reading.club/bookreader.php/11180/Vernadskii_-_Neskolko_slov_o_noosfere.html.

було їй потрібно»; 2) перетворення засобів зв'язку й обміну – ноосфера як єдине організоване ціле, усі частини якого на різних рівнях гармонійно пов'язані та діють узгоджено, за допомогою швидкого, надійного, усебічного обміну інформацією; 3) відкриття нових джерел енергії; 4) покращення добробуту працюючих; 5) рівність усіх людей; 6) виключення війн із життя суспільства³³.

Вчення про ноосферу В. Вернадського стало провісником формування нової картини світу, що спрямована передусім на знання як істину в пізнанні³⁴.

Історія людства у ХХ ст. засвідчила, що науковий і технологічний розвиток не забезпечують апіорі культурного й економічного зростання для всього людства. Тому друга половина ХХ ст. рясніє дослідженнями фахівців різних галузей науки, що вивчали концептуальні питання становлення інформаційного суспільства, зокрема Ю. Ханші, Д. Белла, Д. Лайона, М. Маклюєна, Ф. Уїлльямса, А. Даффа, Ф. Вебстера, Р. Абдєєва, М. Вершиніна, Л. Землянової, І. Мелюхіна, А. Ракітова, В. Щербини, Г. Почепцова й інших. Серед них найбільш значущими для становлення інформаційного суспільства як нової історичної фази розвитку людської цивілізації вважаємо такі концепції: інформаційного суспільства (яка і стала титульною); постіндустріалізму; мережевого суспільства; суспільства знань³⁵.

В одній із наших попередніх праць, разом із колегами філологами та математиками, ми відзначили наявність «певних етапів інформатизації: електронізація, комп'ютеризація, медіатизація і, нарешті, інтелектуалізація – процес розвитку здатності суспільства до породження і сприйняття знань, тобто підвищення інтелектуального потенціалу, включаючи використання засобів штучного інтелекту. Таким чином, основною ціллю соціальної інформатизації є побудова інтелектуального суспільства – суспільства, побудованого на знаннях»³⁶.

Отже, швидке зростання інформаційної складової частини всіх сфер життєдіяльності людини ставить низку взаємопов'язаних питань щодо руйнації або видозміни усталених соціальних структур, повстання

³³ Вернадский В. Несколько слов о ноосфере. URL: https://www.e-reading.club/bookreader.php/11180/Vernadskiii_-_Neskol%27ko_slov_o_noosfere.html.

³⁴ Аболіна Т. Прикладна етика : навчальний посібник / за наук. ред. В. Панченко. Київ : Центр учбової літератури, 2012. С. 64.

³⁵ Золотар О. Інформаційна безпека людини: теорія і практика : монографія. Київ, 2018. 446 с.

³⁶ Беляков К., Ланде Д., Ніконова В. Інформаційне законодавство : новели 2013 р. *Юридичний вісник України*. 28 грудня 2013 р. – 3 січня 2014 р. № 52 (965). С. 14–15.

нових на національному та глобальних рівнях, втрати значущості національних урядів і міжнародних інститутів як регуляторів в умовах глобальних мереж, зміни систем безпеки, появи інформаційного розшарування суспільства тощо. Це свідчить про те, що питання дослідження інформації й інформаційних впливів на соціум виходить за межі предмета окремої галузі науки, займаючи так би мовити «метапозицію».

Водночас варто зазначити, що картини інформатизації та ставлення до ідеї формування інформаційного суспільства, що існували в радянській філософській науці, були не тільки безрадісні, антигуманістичні, але й ідеологізовані, крайш суперечливі. Це було одним із потужних чинників, що перешкодили тоді країні вчасно вступити на шлях становлення інформаційного суспільства і розробити власну його модель.

Наприкінці 80-х – на початку 90-х рр. з'явилися праці видатного радянського філософа Анатолія Іллча Ракітова, який увів у науковий обіг термін «філософія комп'ютерної революції» і розробив концепцію «інформаційної епістемології», що стали першими позитивними та науково обґрунтованими розробками в напрямі філософського осмислення проблем інформатизації³⁷.

Усупереч поглядам філософської думки тих часів, А. Ракітов прозорливо зазначав: «Витоки таких оцінок цілком зрозумілі: відсутність або навмисне перекручення інформації про реальний стан справ, дефіцит наукової літератури, соціально-культурний ізоляціонізм, концепція «особливого шляху» і крайня прихильність девізу «Хто не з нами – той проти нас». Але, безумовно, головне джерело «антиінформаційних» настроїв – виразне усвідомлення командно-адміністративним апаратом, що управляти суспільством, позбавленим життєво необхідної інформації, простіше й зручніше <...> Філософські дослідження цього предмета лише починаються, тому що філософи, вірні девізу «Відстати, щоб потім надолужувати упущене», занадто довго й занадто завзято зосереджували свою увагу на дослідженні абстрактних сутностей і умовиводах мислителів минулого. Філософія, що не стикається зі своєю епохою,

³⁷ Философия компьютерной революции. *Вопросы философии*. 1986. № 11 ; Информационная технология и информатизация современного общества. Москва, 1989 ; Белкин А., Ракитов А. Гормоны в информационной структуре человека: концепция и гипотезы. *Вопросы теоретической и практической психоэндокринологии* : сборник научных трудов Московского научно-исследовательского института психиатрии. 1989. С. 5–21 ; Философия компьютерной революции. Москва : Политиздат, 1991. 287 с. ; Новый подход к взаимосвязи истории, информации и культуры: пример России. *Вопросы философии*. 1994. № 4 ; Электронный факультет – революция в университетском образовании. *Проблемы информатизации*. 1996. № 2 ; Наука в эпоху глобальных трансформаций. *Свободная мысль*. 1997. №№ 5, 7 ; Информатизация, наука, технология в глобальных исторических изменениях. Москва, 1998.

що й не міркує над нею, стає непотрібною; філософія, що спотворює реальний стан справ, стає шкідливою і підлягає подоланню»³⁸.

Наприкінці 90-х років ХХ ст. – на початку ХХІ ст. відбувся стрімкий розвиток наукових досягнень кібернетики й інформатики, зумовлений появою новітніх технологій обробки інформації (мікропроцесорна техніка, відповідне програмне забезпечення, а головне – інтернет), що спричинили глобальні зміни в соціальній реальності – суспільній діяльності, діяльності владних структур, політиці, культурі, психології тощо, як наслідок, у виникаючих водночас суспільних відносинах, що мають особливий характер – інформаційних відносин, тобто відносин, які безпосередньо пов’язані з інформаційними процесами та соціальними явищами. Особливість таких відносин зумовлена тим, що в одних випадках вони мають абсолютно самостійну роль і є самодостатніми, а в інших – допоміжними, тобто супроводжують інші суспільні відносини. Крім того, правове регулювання суспільних відносин в інформаційній сфері виходить із традиційного галузевого рівня системи права (адміністративного, цивільного, кримінального права тощо), тобто має як публічно-правовий, так і приватноправовий характер, що значно ускладнює не лише законодавчий процес, а і вносить неоднозначність у наукові погляди та доктрини. Зазначене зумовило необхідність виділення в системі правознавства умовно автономної наукової інституції щодо комплексного розгляду і вирішення проблем суспільних відносин, де предметом є інформація, відповідні технології та пов’язані з ними явища, процеси суспільної діяльності, а саме галузі наукових знань «інформаційне право». Як наслідок, розробка спочатку поодиноких, а із часом великої кількості нормативно-правових актів із питань правового регулювання інформаційних суспільних відносин – інформаційного законодавства.

Становлення інформаційного права пов’язане із працями видатних радянських учених І. Бачило, В. Копилова, М. Рассолова³⁹.

³⁸ Философия компьютерной революции. Москва : Политиздат, 1991. С. 7–8.

³⁹ Копылов В. Информация как объект правового регулирования. *Сборник НТИ. Серия 1.* 1996. № 8 ; Копылов В. О теоретических проблемах становления информационного права. *Информационные ресурсы России.* 1998. № 3 (40). С. 21–26 ; Копылов В. Об основных теоретических положениях информационного права. *Сборник НТИ. Серия 1.* 1998. № 8 ; Бачило И., Копылов В. Есть ли основания для создания отрасли «Информационное право». *Информационное общество.* 1999. Вып. 6. С. 49–50 ; Рассолов М. Информационное право. Москва : Юристъ, 1999 ; Копылов В. О системе информационного права. *Сборник НТИ. Серия 1.* 2000. № 4 ; Копылов В. Информационное право. Концепция структуры системы информационного права. *Труды по интеллектуальной собственности : материалы Научно-теоретической конференции от 27 января 2000 г.* Т. II. Москва, 2000 ; Бачило И. Информационное право. *Основы практической информатики : учебное пособие.* Москва : Издание г-на Тихомирова М.Ю., 2001. 352 с.

Незважаючи на дискусії, що точаться серед учених-юристів досі, йому вже належить чільне місце в системі сучасних наукових знань. Проте в Україні інформаційне право як галузь права та напрям наукових досліджень, незважаючи на численні пропозиції з боку вітчизняних науковців, почало формуватися лише після вольового рішення законотворців, а приводом для цього стала необхідність правового регулювання діяльності засобів масової інформації (далі – ЗМІ)⁴⁰. Не ставлячи під сумнів важливість цієї проблеми, необхідно все ж зазначити, що інформаційне право має на меті регулювання не лише діяльності ЗМІ, а широкого кола соціальних відносин у сфері інформаційної діяльності.

Сьогодні інформаційне право розглядається як комплексна галузь права і визначається як «сукупність доктринальних положень юридичної науки та правових норм, що утворюють самостійний масив національного законодавства, ратифікованих Україною норм міжнародного права, а також стан правової свідомості суб'єктів права в галузі інформаційної діяльності та відносин, пов'язаних з інформаційними ресурсами, функціонуванням інформаційно-телекомунікаційних систем, створенням і застосуванням інформаційних технологій, спрямованих на гарантування безпечного задоволення інформаційних потреб громадян, їхніх організацій, держави та суспільства загалом, забезпечення адекватної реакції юридичної системи на порушення встановлених інформаційним законодавством»⁴¹.

Щодо генези організації наукових інформаційно-правових досліджень, то у 2003 р. Вищою атестаційною комісією (далі – ВАК) України було переглянуто наукову спеціальність 12.00.07 («Теорія управління, адміністративне право і процес, фінансове право») та доповнено напрямом «інформаційне право», у формулі якої в описі змісту зазначалося вивчення структури, джерел і методології інформаційного права та правової інформатики»⁴². Із часом, наприкінці 2008 р., постановою

⁴⁰ Про підсумки парламентських слухань «Проблеми інформаційної діяльності, свободи слова, дотримання законності та стану інформаційної безпеки України»: постанова Верховної Ради України від 7 червня 2001 р. № 2498-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2498-14/>.

⁴¹ Беляков К. Інформатизація в Україні: проблеми організаційного, правового та наукового забезпечення: монографія. Київ: КВІЦ, 2008. С. 144.

⁴² Про внесення змін і доповнень до Переліку спеціальностей, за якими проводяться захист дисертацій на здобуття наукових ступенів кандидата наук і доктора наук, присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань: наказ Вищої атестаційної комісії від 3 червня 2003 р. № 291, затверджений постановою президії ВАК України від 11 червня 2003 р. № 1-05/6.

тієї ж президії ВАК України⁴³ паспорт спеціальності 12.00.07 було змінено. Крім вилучення теорії управління та переведення її під «патронаж» досліджень за напрямом «державне управління», було вилучено й положення щодо правової інформатики, яка в системі сучасних наукових знань слугувала єдиним ланцюгом, який поєднував «технарів» і юристів, зникла навіть із контексту спеціальності «інформаційне право», що стало яскравим прикладом інтеграції технічних і юридичних наукових знань.

Щоправда, на часі з'являються ідеї щодо формування ІТ-права, інтернет-права тощо як окремих галузей права. Насправді зазначені напрями досліджень, хоча й мають право на існування, але нами розглядаються лише як інституції інформаційного права⁴⁴, що є проявом диференціації.

Повертаючись до процесів інтеграції та диференціації наукових знань в Україні, мабуть необхідно згадати «реформу науки» 2015 р., яка, на думку більшості науковців, була зумовлена лише політичними аргументами, тобто бажанням внесення будь-яких змін окремими суб'єктами владних структур – «реформа заради реформ». Ідеться про постанову Кабінету Міністрів України⁴⁵, що обумовлена новою редакцією Закону «Про вищу освіту» й ініційована Міністерство освіти і науки (далі – МОН) України. Як наслідок, з'явився наказ МОН «Про особливості запровадження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти <...>»⁴⁶. Вивчення додатку до наказу, яким є «Таблиця відповідності Переліку наукових спеціальностей (Перелік 2011 р.) та Переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти (Перелік 2015)»⁴⁷, показує не тільки цілковиту неузгодженість

⁴³ Паспорти спеціальностей : постанова президії ВАК України від 8 жовтня 2008 р. № 45–06.

⁴⁴ Золотар О. Права і свободи людини: інформаційний вимір. *ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні* : збірник матеріалів науково-практичної конференції, м. Львів, 18 листопада 2016 р. Львів, 2016. С. 59–68.

⁴⁵ Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти : постанова Кабінет Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/266-2015-%D0%BF>.

⁴⁶ Про особливості запровадження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266 : наказ МОН від 6 листопада 2015 р. № 1151, п. 2.3. URL: <https://drive.google.com/file/d/0B3m2TqBM0APKNzMxU1FPbE9pa2M/view>.

⁴⁷ Див. : URL: <https://drive.google.com/file/d/0B3m2TqBM0APKbk5HMzZ3UjJzSTQ/view>.

у теоретико-методологічному контексті, а й порушення принципів науково-історичної та культурної спадщини.

З урахуванням предмета дослідження, яким є сучасні наукові пошуки в юриспруденції, розглянемо галузь знань «Право».

Мабуть, останній потребує деяких пояснень. По-перше, на відміну від попереднього, усталеного роками переліку наукових спеціальностей, відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 13 Закону України «Про вищу освіту», у 2015 р. введено «перелік наукових галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти». По-друге, щодо «Права» як галузі знань (шифр – 08), як і в багатьох інших, дивним чином зникли диференційовані спеціальності. Тобто у «Праві», на відміну від спеціальностей галузі знань «Юридичні науки» (шифр – 12), якими були «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» (шифр – 12.00.01), «Конституційне право; муніципальне право» (шифр – 12.00.02), «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» (шифр – 12.00.03) тощо, інтегровані у спеціальність «Право» (шифр – 081), що сприймається, з одного боку, як повна інтеграція юридичних наук, але визиває великий сумнів в ефективності розвитку юриспруденції як науки та значно ускладнює процес атестації наукових кадрів.

Згодом (2018 р.), за ініціативою Національної академії правових наук України спільно з Національним юридичним університетом ім. Ярослава Мудрого було логічно запропоноване МОН України введення диференційованого підходу до права як галузі науки у вигляді переліку спеціалізацій (на навчально-науковому та науковому рівнях вищої освіти) та напрямів досліджень за ними у формі розробки паспорта спеціальності (як це було раніше). У запропонованому паспорті спеціальності, поряд з іншими змінами, було передбачено виділення спеціалізації «Інформаційне право, право інтелектуальної власності», що аргументовано виділяє цей напрям в окрему інституцію юридичної науки.

Надані пропозиції було обговорено і підтримано експертною радою з юридичних наук ДАК та затверджено рішенням атестаційної колегії МОН України від 5 липня 2018 р. Але, за відсутності здорового глузду та «політичної волі» у тодішнього керівництва МОН, інтеграція правової науки, усупереч ініціативі провідних фахівців в юриспруденції, не відбулася. Обійшлося наказом МОН «Про затвердження примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень в межах

спеціальності 081 «Право»⁴⁸. Отже, натепер існує спеціальність «Право» у галузі знань «Право».

Але, незважаючи на адміністративні перепони піднесенню науки, що існують нині в Україні, ми впевнені в тому, що розвиток сучасних соціогуманітарних знань неможливий без глобального, комплексного вивчення впливу інформаційних процесів і явищ на соціальну дійсність, упровадження інформаційного та системного підходів у науку, перспектив використання інформаційних технологій у практичній діяльності – інформаційного виміру в науці. Тому виникає логічне питання про те, у межах якої науки (чи наук) повинні вивчати перелічені напрями.

3. Вступ до «Соціогуманітарної інформології»

Свого часу на рівні дисертаційного дослідження нами було наголошено на необхідності формування інноваційного наукового напрямку в юридичній науці – правничої інформаціології «<...> як міжгалузевого наукового напрямку, головним завданням якого повинно стати поєднання знань про інформацію (правової інформатики, інформаційного права, інформаційного менеджменту та ін.) у межах правової науки, практики і теорії управління»⁴⁹.

Вихідним пунктом запропонованого напрямку була гіпотеза про те, що «сучасні суспільно-правові відносини мають інформаційно-комунікативний характер, а будь-які відносини, у тому числі й інформаційні, здійснювалися, здійснюються й будуть здійснюватися як комунікація. Тому основним об'єктом уваги правничої інформаціології є інформаційно-комунікативні зв'язки у правничій діяльності та соціальному управлінні, тобто інформаційно-правова реальність»⁵⁰.

Поряд із цим у сучасній науці доктринально виділено науковий напрям «Інформологія» – узагальнена назва наук про інформацію. Термін «інформологія» походить від латинського *informatio* – «пояснення», «виклад», «тлумачення», і грецького *λογος* – «слово», «знання», «вчення». Об'єктом дослідження інформології є інформація. У наукознавстві розглядається теоретична та прикладна інформологія.

⁴⁸ Про затвердження примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень у межах спеціальності 081 «Право»: наказ МОН України від 28 грудня 2018 р. № 1477. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-primirnogo-pereliku-ta-opisu-predmetnih-napryamiv-doslidzhen-v-mezhah-specialnosti-081-pravo>.

⁴⁹ Беляков К. Організаційно-правове та наукове забезпечення інформатизації в Україні: проблеми теорії та практики: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2009. С. 367–368.

⁵⁰ Беляков К. Антологія «інформаційних» наук в юриспруденції. *Держава і право*. Вип. 30. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. С. 269–278.

До прикладної інформології відносять: теорію інформації – *information theory* (застосування інформології до кібернетики), інформатику – *informatics* (застосування інформології до комп'ютерної техніки та програмування), теорію масової інформації (застосування інформології до ЗМІ й журналістикознавства), інформаційні вимірювання мови (застосування інформології до лінгвістики), науково-технічну інформацію – *scientific information* (застосування інформології до науково-технічної літератури), представлення знань – *knowledge science* (застосування інформології до теорії штучного інтелекту), інформаційні вимірювання в генетиці – *bioinformatics* (застосування інформології до генетики), пошук інформації – *information retrieval* (застосування інформології до документознавства, зокрема до бібліотекознавства, архівознавства, баз даних, зокрема, й Інтернет), а також ціла низка інших аналогічних застосувань: у суспільствознавстві (питання інформаційного суспільства – *information society*), доступності інформації (*information access*), інформаційного менеджменту (*information management*), інформаційної безпеки (*information security*), інформаційної будови (архітектури) різних об'єктів (*information architecture*) та ін. Розглядаються також філософські напрями інформології: антропоцентричний, атрибутивний і кібернетичний підходи до інформації. Цей перелік розділів прикладної інформології є неповним і постійно розширюється⁵¹.

На підставі вищезазначеного, з метою реалізації процесу інтеграції досягнень соціогуманітарних наукових знань про інформацію в одне ціле, уявляється обґрунтованим запропонувати напрям наукових досліджень, який ми визначаємо як «Соціогуманітарна інформологія» (*Socio-humanitarian informology*).

У цій інституції науки всі об'єкти та процеси дослідження мають інформаційне подання й опис, тому соціогуманітарна інформологія вважає кожний процес дослідження інформаційним, а знання – елементами єдиної узагальненої системи інформаційних знань.

Змістом запропонованого напрямку наукового пошуку повинні стати фундаментальні та прикладні комплексні, міжгалузеві наукові дослідження з юридичного, економічного, технологічного і соціального забезпечення інформаційних відносин, процесів інформатизації суспільства й управління ними.

Основними напрямками досліджень соціогуманітарної інформології мають стати: теоретико-методологічні, організаційні, правові

⁵¹ Інформологія. Вікіпедія – вільна енциклопедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Інформологія>.

та технологічні основи регулювання суспільних інформаційних відносин і процесу інформатизації адміністративної діяльності; дослідження в галузі соціальних проблем інформатизації суспільства; формування теоретичних засад розробки методів і засобів інформаційного забезпечення, а також підтримка ухвалення рішень в організаційно-правовій сфері людської діяльності на основі інформаційних технологій; розробка наукових і правових основ, формування концепцій та проєктів функціонування інформаційних ресурсів, їх адаптація в національному та міжнародному інформаційному просторі; розвиток і становлення термінологічно-понятійного апарату (аксіоматика), розроблення класифікаторів, тезаурусів, термінологічних словників щодо інформаційних відносин; становлення системи уніфікації соціальної інформації та інше.

Однак, усвідомлюючи складність формування нового напрямку наукових досліджень, мабуть, необхідно окреслити межі предмета соціогуманітарної інформології, до якого пропонується віднести здобутки наукового пошуку в межах інформаційних процесів і соціальних явищ в окремих галузях знань та їх спеціальностей за легітимним натепер в Україні їх переліком.

Безумовно, «системоутворюючою» галуззю є «Право» (08) за спеціальністю «Право» (081). Підґрунтям соціогуманітарних досліджень є також: «Гуманітарні науки» (03), за спеціальностями: «Філософія» (033), «Філологія» (035); «Соціальні та поведінкові науки» (05) – «Економіка» (051), «Політологія» (052), «Психологія» (053), «Соціологія» (054). До переліку, що пропонується, можна додати дослідження в таких галузях, як: «Журналістика» (06) – «Журналістика» (061); «Управління та адміністрування» (07) – «Облік і оподаткування» (071), «Менеджмент» (073), «Маркетинг» (075).

Безумовно, чільне місце в контексті термінологічно-понятійного апарату мають посісти знання в галузі «Інформаційні технології» (12) – «Комп'ютерні науки» (122), «Кібербезпека» (125), «Інформаційні системи та технології» (126).

Не обійтися без досліджень у галузі «Воєнні науки, національна безпека, безпека державного кордону» (25) – «Національна безпека» (256) (у контексті інформаційної безпеки як її складової частини).

І безумовно, «Публічне управління та адміністрування» (28) – «Публічне управління та адміністрування» (281) можна розглядати як спадкоємця державного управління, де безліч напрямів, пов'язаних з інформатизацією державної служби й адміністративних послуг. Під

час процесів інформатизації та глобалізації не обійтися і без галузі «Міжнародні відносини» (29) – «Міжнародні відносини, суспільні комунікації та регіональні студії» (291), «Міжнародне право» (293).

Запропонована інтеграція зазначених напрямів досліджень у «Соціогуманітарну інформологію» дасть можливість ефективного, науково обґрунтованого формування інформаційного суспільства у країні і подальшого управління процесом інформатизації.

ВИСНОВКИ

Аналіз положень наукознавства й історії розвитку наукових пошуків у напрямі дослідження інформаційних процесів і явищ, а також їхнього впливу на суспільне життя показує відсутність єдиного бачення структури наукових знань. Такий стан речей не може негативно не впливати на формування теоретико-методологічної бази інформатизації в Україні, побудови інформаційного суспільства.

З погляду організації наукової діяльності з боку держави, що реалізується в межах законодавчого регулювання відносин у цій сфері, сьогодні спостерігаються негативні тенденції. Ідеться про реформи, зумовлені, мабуть, більше політичними процесами, ніж державними інтересами в напрямі розвитку національної науки, усупереч принципам науково-історичної та культурної спадщини, що веде до теоретико-методологічної неузгодженості галузевих досліджень і зниження якості атестації наукових кадрів.

Першочерговим організаційним кроком на рівні державного управління науковою діяльністю має стати перегляд структури галузей знань із метою їх диференціації за відповідними спеціальностями. У межах такого перегляду необхідне відкриття спеціальності «Інформаційне право, право інтелектуальної власності» у галузі знань «Право». Саме цей напрям досліджень правової науки є системоутворюючим у контексті розвитку соціогуманітарних досліджень інформаційних процесів і явищ.

Щодо вдосконалення чинного законодавства України, то кількість нормативних актів у сфері регулювання інформаційних відносин на часі досягла «критичної маси», що зумовлює потребу в кодифікації – розробці й ухваленні Інформаційного кодексу України.

З позицій наукового забезпечення інформатизації країни в контексті інтеграції досягнень соціогуманітарних наукових знань про інформацію в одне ціле пропонується розглянути «*Соціогуманітарну інформологію*» (*Socio-humanitarian informology*), яку ми визначаємо

як інтегрований, міждисциплінарний напрям наукових досліджень, що має поєднати групу галузей знань та спеціальностей, предметом дослідження яких є соціально значущі інформаційні процеси та явища, відповідні зв'язки та відносини в суспільстві.

Саме в межах запропонованого напрямку має бути розроблений глосарій, який стане основою термінологічно-понятійного апарату відповідних досліджень.

Крім того, соціогуманітарні дослідження у сфері інформації потребують постійного моніторингу, що може бути реалізовано у створенні відкритого інформаційного ресурсу, наприклад у формі відповідної бази даних дисертаційних досліджень за вказаними вище спеціальностями на окремому інтернет-сайті.

Ми впевнені, що запропонована інтеграція напрямів досліджень у «Соціогуманітарну інформологію» надасть можливість ефективного формування інформаційного суспільства в Україні.

АНОТАЦІЯ

На основі аналізу постулатів наукознавства розглянуто генезу, сучасний стан і перспективи розвитку соціогуманітарних напрямів наукового пошуку щодо інформаційних процесів і явищ в контексті організації наукових досліджень, зумовлених змінами в національному законодавстві у сфері освіти та науки.

Запропоноване авторське бачення напрямку інтеграції наукових знань і досліджень інформаційних процесів, явищ і відносин в єдину інституцію – «Соціогуманітарну інформологію».

Запропоновані конкретні шляхи вдосконалення організаційного та наукового забезпечення процесу формування у країні інформаційного суспільства – інформатизації України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Полевой Н. Криминалистическая кибернетика. Москва, 1982.
2. Беляков К. Інформатизація в Україні: проблеми організаційного, правового та наукового забезпечення : монографія. Київ : КВІЦ, 2008. С. 144.
3. Библик С., Сюта Г. Словник іншомовних слів: тлумачення, словотворення та слововживання. Харків : Фоліо, 2006. 623 с.
4. Kuhn T. The Structure of Scientific Revolutions. Chicago University of Chicago press, 1962.
5. Чуйко В. Рефлексія основоположень методологій філософії науки. Київ : Центр практичної філософії науки. 2000.

6. Геращенко Т. Філософсько-методологічний аналіз сучасної парадигми інформації : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.09. Суми, 2003.

7. Мунтян В. Основи теорії інформаціогенної моделі економіки. Київ : КВІЦ. 368 с.

8. Нугаев Р. Смена базисных парадигм: концепция коммуникативной рациональности. *Вопросы философии*. 2001. № 1. С. 114–122.

9. Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти : постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/266-2015-%D0%BF>.

10. Винер Н. Кибернетика или управление и связь в животном и машине. Москва : Сов. радио, 1948.

11. Винер Н. Кибернетика и общество. Москва : Наука, 1958.

12. Шеннон К. Работы по теории информации и кибернетике. Москва : Мир, 1968.

13. Конференция СПИН – 1978 : Межправительственная конференция по стратегии и политике в области информатики, Торремолинос (Испания), 28 августа – 6 сентября 1978 г. UNESCO (SC-78) Spin-5. Paris, 1978.

14. Дородницын А. Информатика: предмет и задачи. *Вестник Академии наук Союза Советских Социалистических Республик*. 1985. № 2.

15. Михалевич В., Каныгин Ю., Гриценко В. Информатика (Общие положения). Киев, 1983. С. 20.

16. Сифоров В. Информология, научно-технический и социально-экономический прогресс. *Электроноргтехника*. 1983. № 2. С. 5.

17. Рандалу Х. Преподавание спецкурса «Основы правовой кибернетики» для юристов. *Применение математических методов и вычислительной техники в праве, криминалистике и судебной экспертизе*. Москва, 1970.

18. Витрук Н., Земляной М. О преподавании курса «Основы правовой кибернетики». *Правоведение*. 1972. № 2.

19. Шляхов А. Правовая кибернетика. Москва : Наука, 1973. 253 с.

20. Колдин В., Полевой Н. Информационные процессы и структуры в криминалистике. Москва : Изд-во МГУ, 1985. 133 с.

21. Емельянов С., Ларичев О. Многокритериальные методы принятия решений. Москва, 1985.

22. Полевой Н. О правовой и криминалистической кибернетике и вопросах их преподавания в юридических вузах. *Вопросы информатики*. Вып. 40. *Правовая информатика*. Москва, 1977.

23. Полевой Н. Криминалистическая кибернетика. Москва, 1982.

24. Основы правовой кибернетики / под ред. Н. Полевого, А. Шляхова. Москва, 1977.

25. Основы применения кибернетики в правоведении / под ред. Н. Полевого, Н. Витрука. Москва, 1977.

26. Бернштейн Э. Информация управления научно-техническим прогрессом и новая информационная технология. *Актуальные проблемы развития и внедрения новой информационной технологии*. Москва, 1989.

27. Шнейдер Ю. Социальные аспекты информатики. *НТИ*. Серия 2. ВИНТИ. 1989. № 1.

28. Михалевич В., Каныгин Ю., Грищенко В. Информатика (Общие положения). Киев, 1983.

29. Афанасьев В. Социальная информация. Москва : Наука, 1994. 201 с.

30. Кибернетика. Становление информатики. Москва : Наука, 1986.

31. Правовая информатика и кибернетика : учебник / Г. Атанесян и др. ; под ред. Н. Полевого. Москва : Юрид. лит., 1993.

32. Правовая информатика : учебное пособие/ Т. Беляева и др. ; под ред. М. Рассолова. Москва : Юрист, 1993. 288 с.

33. Гаврилов О. Основы правовой информатики : учебное пособие. Москва : Институт государства и права РАН, 1998, 42 с.

34. Каныгин Ю., Калитич Г. Основы теоретической информатики. Киев : Наукова думка, 1990. 233 с.

35. Философия компьютерной революции. Москва : Политиздат, 1991. 287 с.

36. Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти : постанова Кабінет Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/266-2015-%D0%BF>.

36. Про особливості запровадження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266 : наказ МОН від 6 листопада 2015 р. № 1151. URL: <https://drive.google.com/file/d/0B3m2TqVM0APKNzMxU1FPbE9pa2M/view>.

37. Про затвердження примірного переліку та опису предметних напрямів досліджень у межах спеціальності 081 «Право» : наказ МОН України від 28 грудня 2018 р. № 1477. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-primirnogo-pereliku-ta-opisu-predmetnih-napryamiv-doslidzhen-v-mezhah-specialnosti-081-pravo>.

38. Беляков К. Антологія «інформаційних» наук в юриспруденції. *Держава і право*. Вип. 30. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. С. 269–278.

39. Беляков К. Правова інформація як складова правової реальності. *Часопис Київського університету права*. 2005. № 1. С. 22–27.

40. Беляков К. Генеза інформаційно-правових досліджень. *Наука і правоохорона*. Київ : ДНДІ МВС України, 2010. № 4 (10). С. 160–167.

41. Беляков К. Інформаційно-правові дослідження: походження, становлення, стан та перспективи розвитку. *Інформація і право*. Київ : НДЦПі АПРН України, 2011. № 2. С. 4–12.

42. Беляков К. Сучасний стан та перспективи розвитку інформаційно-правових досліджень. *Актуальні проблеми сучасного адміністративного права* : матеріали Круглого столу, м. Запоріжжя, 22 березня 2013 р. Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2013. С. 23–30.

43. Беляков К. Організаційно-правове та наукове забезпечення інформатизації в Україні: проблеми теорії та практики : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2009. 419 с.

44. Золотар О. Інформаційна безпека людини: теорія і практика : монографія. Київ, 2018. 446 с.

45. Золотар О. Права і свободи людини: інформаційний вимір. *IT-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні* : збірник матеріалів Науково-практичної конференції, м. Львів, 18 листопада 2016 р. Львів, 2016. С. 59–68.

Information about the authors:

Bieliakov K. I.,

Doctor of Juridical Sciences, Professor,
Honored Worker of Science and Technology of Ukraine,
Head of the Scientific Department of the Theory, History
and Philosophy of Information Law
Scientific Research Institute of Informatics and Law
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
110/B, Sacsaganskogo str., Kyiv, 01032, Ukraine

Zolotar O. O.,

Doctor of Juridical Sciences, Senior Researcher,
Head of the Research Sector of the Human Rights and Security in
the Information Sphere
Scientific Research Institute of Informatics and Law
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
110/B, Sacsaganskogo str., Kyiv, 01032, Ukraine

УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ

Білак Н. І., Чернявська О. М.

ВСТУП

Національна митна система в черговий раз потрапляє під процес реорганізаційних змін. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів від 18 грудня 2018 р. № 1200¹, прийнято рішення про реорганізацію Державної фіскальної служби України шляхом її поділу на дві служби: Державну податкову службу України та Державну митну службу України. Новостворені служби отримали статус центрального органу виконавчої влади з питань забезпечення реалізації державної політики в податковій і митній сферах (відповідно).

За останніх декілька років це вже 3 реорганізаційна зміна. Відокремлення митної служби є обґрунтованим та економічно доцільним. Повернення до попередньої автономної форми управління дасть змогу покращити роботу, зміцнити контроль за всіма напрямками, зосередити увагу на проблемних питаннях саме митної служби та розробити дієві заходи їх вирішення.

Відповідно до Положення про Державну митну службу України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів від 6 березня 2019 р. № 227, до повноважень новоствореної Державної митної служби України серед іншого зараховано: 1) здійснення контролю за дотриманням вимог законодавства під час провадження у справах про порушення митних правил; 2) боротьба з порушеннями митних правил; 3) виявлення причин та умов, що сприяли вчиненню правопорушень у сфері державної митної справи, ужиття заходів до їх усунення тощо².

Вищенаведені норми свідчать, що фактично до новоутвореної Державної митної служби України перейшли всі повноваження в частині здійснення провадження у справах про порушення митних правил, якими була наділена й Державна фіскальна служба. Однак чинні повноваження, як і закріплені в нормативно-правових актах

¹ Про утворення Державної податкової служби України та Державної митної служби України : Постанова Кабінету Міністрів від 18 грудня 2018 р. № 1200 / Верховна Рада України. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-utvorenniya-derzhavnoyi-podatkovoyi-sluzhbi-ukrayini-ta-derzhavnoyi-mitnoyi-sluzhbi-ukrayini> (дата звернення: 28.02.2020).

² Положення про Державну митну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 р. № 227 / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF/print#n209> (дата звернення: 28.02.2020).

положення, якими врегульовано здійснення провадження у справах про порушення митних правил, фактично не переглядалися вже тривалий час.

В умовах реформ, які відбуваються в Україні, відкривається унікальна можливість запровадити сучасні методи розгляду справ про порушення митних правил і сформувати ефективний механізм доказування, удосконаливши здійснення провадження митних справ, що, у свою чергу, сприятиме якісному виконанню завдань, покладених перед новоствореною Державною митною службою України.

Загальнотеоретичним питанням здійснення провадження у справах про порушення митних правил, дослідженню доказів і доказуванню приділяли увагу такі науковці, як В.Д. Андрійцьо, О.О. Бадила, С.С. Бичкова, Білоусов, Ю.П. Битяк, С.В. Васильєв, О.О. Грабовська, А.В. Дусик, М.О. Гетманцев, О.С. Захарова, А.С. Зеленьяк, Я.П. Зейкан, А.Ю. Каламайко, Т.М. Кілічаєва, В.А. Кройтор, Б.А. Кормич, В.В. Комаров, Т.М. Кучер, С.В. Курильов, Н.А. Новікова, В.В. Нижникова, А.С. Павлова, В.В. Прокопенко, Б.П. Ратушна, О.В. Рожнов, Т.В. Руда, Т.С. Супрун, В.І. Тertiшніков, Г.П. Тимченко, С.Я. Фурса, Є.О. Харитонов, В.О. Ходанович, Т.В. Цюра, А.С. Штефан, М.М. Ясинок, К.А. Сергєєва, М.К. Треушніков, В.А. Черепанов та інші.

Досить «вузькій» тематиці доказів і доказування у справах про порушення митних правил присвячували розробки такі автори, як С.А. Дуженко, Д.В. Приймаченко, І.В. Солопова, у ширшому аспекті теорія доказів в адміністративному процесі досліджувалася Д.М. Бахрахом, І.П. Голосніченком, Є.В. Додіним, С.В. Ківаловим та іншими. Їхні праці заклали вагоме підґрунтя подальших наукових пошуків у царині доказування в митному праві, відкрили шляхи оновлення цього інституту й визначили основні вектори майбутніх розвідок та оновлення чинного законодавства³.

Незважаючи на наявність численних досліджень проблем у сфері доказового права, питанням процесу встановлення істини у справах про порушення митних правил приділено мало уваги. Більшість праць стосуються доказування в судовому процесі, здійсненню провадження у справах про порушення митних правил, класифікації та характеристики доказів тощо. З урахуванням часу навіть наявні дослідження є необхідними.

³ Чернявська О.М. Докази та доказування у справах про порушення митних правил: до питання вдосконалення правового забезпечення. *Lex portus*. 2019. № 3. С. 51. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/LP_2019_3_6.

Метою наукового дослідження є проведення детального аналізу національної законодавчої бази, якою врегульовані відносини щодо здійснення доказування у справах про порушення митних правил, а також наукових напрацювань, з урахуванням цього розроблення комплексу дієвих заходів, спрямованих на покращення процесу встановлення істини під час здійснення провадження у справах про порушення митних правил, перегляду обсягу компетенції посадової особи митного органу, налагодження взаємодії з іншими національними органами та міжнародними інституціями.

Параграф 1

Процес доказування в національному митному законодавстві врегульовано лише поверхово, безпосередньо пов'язаний зі здійсненням провадження у справах про порушення митних правил. У Митному кодексі України зазначено, що провадження у справах про порушення митних правил здійснюється відповідно до цього Кодексу, а в частині, що не регулюється ним, – відповідно до законодавства України про адміністративні правопорушення⁴. Водночас Кодексом України про адміністративні правопорушення передбачено, що законодавство України про адміністративні правопорушення складається із цього Кодексу та інших законів України. Питання щодо адміністративної відповідальності за порушення митних правил регулюються Митним кодексом України⁵.

Однак ані Митний кодекс України, ані Кодекс України про адміністративні правопорушення не є процесуальними кодифікованими нормативно-правовими актами. У зв'язку з такою ситуацією багато питань, зокрема щодо правового статусу осіб, які беруть участь у розгляді судом справ про порушення митних правил (у тому числі митного органу), залишаються невизначеними, що призводить на практиці до порушення основних принципів правосуддя, неоднакової практики застосування судами законодавства, зловживань судом своїми повноваженнями й інших негативних наслідків⁶.

⁴ Митний кодекс України : Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17> (дата звернення: 28.02.2020).

⁵ Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 28.02.2020).

⁶ Білак Н.І., Прокопенко В.В. Переміщення товарів, які містять об'єкти права інтелектуальної власності, через митний кордон України : монографія. Дніпро : Університет митної справи та фінансів, 2019. С. 148–149.

Питанням доказування присвячено статтю 495 Митного кодексу України, яка має назву «Докази у справі про порушення митних правил». У цій статті Митного кодексу України надається визначення поняття «докази у справі про порушення митних правил» і перераховуються дані (документи, інформація, товари і транспортні засоби), на основі яких у визначеному законом порядку встановлюються наявність або відсутність порушення митних правил, винність особи в його вчиненні та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Однак саме визначення «доказування у справах про порушення митних правил» у митному законодавстві відсутнє.

Для порівняння, у Кримінальному процесуальному кодексі України доказам і доказуванню присвячено главу 4, а доказуванню – окремий параграф. Відповідно до статті 91 Кримінального процесуального кодексу України, доказування полягає в збиранні, перевірці та оцінюванні доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження⁷. Глава під назвою «Докази та доказування» наявна також у Цивільному процесуальному кодексі України⁸, Кодексі адміністративного судочинства України⁹. У вищезазначених процесуальних кодексах детально регулюється порядок і межі здійснення доказування з урахуванням особливостей, притаманних праводносинам, які вони регламентують.

У цьому випадку буде доцільно зазначити думку І.В. Солопової, що провадження у справах про порушення митних правил і контрабанду є одним із видів процесуальної діяльності органів доходів і зборів. Процесуальним обов'язком є встановлення всіх обставин учиненого правопорушення у формі доказування, за якої ступінь категоричності суджень і висновків має бути дуже високим. Тому доведення посідає центральне місце в адміністративно-процесуальній діяльності органів доходів і зборів¹⁰.

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/card6#Public> (дата звернення: 28.02.2020).

⁸ Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (дата звернення: 28.02.2020).

⁹ Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print> (дата звернення: 28.02.2020).

¹⁰ Солопова І.В. Специфіка доказування у митних провадженнях. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип. 56. С. 280.

У справі про порушення митних правил процесуальні дії проводяться з метою отримання доказів, необхідних для правильного вирішення цієї справи. В.В. Прокопенко надає авторське визначення поняття «процесуальні дії» як дій учасників процесу, що вчиняються ними з метою реалізації процесуальних прав, на основі здійснення дослідження наукової літератури, адміністративного та митного законодавства визначаючи характерні ознаки процесуальних дій у справах про порушення митних правил¹¹.

Здійснювані процесуальні дії в теоретичному аспекті деякі автори розподіляють на етапи: початковий, подальший і заключний. На початковому етапі потрібно провести пошук, виявлення й закріплення доказів з метою отримання інформації, яка дає підставу для висунення версії про вчинення правопорушення певною особою¹².

Можна дійти висновку, що деяким елементам доказового процесу у справах про порушення митних правил також властиві ознаки процесуальних дій.

О.О. Грабовською в дисертаційному дослідженні сформульовано поняття «доказування в цивільному процесі» як пізнавально-практичної діяльності учасників справи, яка: 1) зумовлена юридичною заінтересованістю; 2) урегульована сукупністю законодавчих актів національного й наднаціонального характеру; 3) заснована на основоположних принципах цивільного процесуального права; 4) спрямована на переконання суду в тому, що факти та обставини, якими обґрунтовано вимоги чи заперечення, підтверджують заявлені вимоги; 5) реалізується за допомогою встановлених законом засобів; 6) здійснюється під процесуальним керівництвом суду та за його сприяння¹³.

Д.В. Приймаченко вказує, що доказування у провадженні в справах про порушення митних правил за змістом являє собою складну систему, у якій органічно переплітається розумова та практична діяльність суб'єктів доказування й ті відносини, які виникають у зв'язку із цією діяльністю між учасниками митних розслідувань. Розглядаючи доказування як систему, автор розрізняє її структурні елементи,

¹¹ Прокопенко В.В., Калакайло Р.І. Процесуальні дії у справах про порушення митних правил : монографія. Чернівці :Техгодрук, 2015. С. 31.

¹² Чернявська О.М. Докази та доказування у справах про порушення митних правил: до питання вдосконалення правового забезпечення. *Lex portus*. 2019. № 3. С. 53. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/LP_2019_3_6 (дата звернення: 28.02.2020).

¹³ Грабовська О.О. Теоретико-правові проблеми доказування у цивільному процесі України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2019. С. 7. URL: http://scc.univ.kiev.ua/upload/iblock/e43/aref_Grabovska%20O.%20A..pdf (дата звернення: 28.02.2020).

а саме: збирання доказів, їх дослідження та оцінювання. На думку Д.В. Приймаченка, доказування у провадженні в справах про порушення митних правил – заснована на законі й регламентована нормами Митного кодексу України та адміністративно-процесуальними нормами діяльності уповноважених осіб органів митної служби, яка спрямована на своєчасне, повне й об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, а також на виявлення причин та умов щодо вчинення порушення митних правил¹⁴.

Такі вчені, як С.Я. Фурса та Т.В. Цюра, вважають за необхідне розширити термінологічну базу процесу доказування шляхом розмежування понять «доказування» та «доведення»¹⁵. Під «доказуванням», продовжують учені, варто розуміти регламентовану в певний порядок процесуальну діяльність зі збирання, витребування (для адвокатів і прокурорів) і надання суду доказів суб'єктам, що за цивільним процесуальним законодавством вправі надавати докази в конкретній справі на різних стадіях її розгляду. Тоді як «доведення» буде складатися з процесу доказування та розумової й процесуальної діяльності, спрямованої на формування в судді переконання в достовірності юридичних обставин справи, на цій підставі обґрунтованості вимог сторони¹⁶.

Отже, за підходами вказаних учених, доведення є ширшим поняттям, яке включає в себе доказування, де останнє охоплює збирання, витребування та надання до суду доказів, а всі інші дії, «спрямовані на забезпечення сприятливого для сторони рішення суду», варто вважати «доведенням»^{17, 18}.

Без сумніву вищезазначені підходи є науково обґрунтованими. Водночас особливістю доказування у справах про порушення митних правил є те, що цей процес може відбуватися як на етапі складення

¹⁴ Приймаченко Д.П. Докази у провадженні у справах про порушення митних правил : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2002. С. 9–10.

¹⁵ Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі : науково-практичний посібник. (Серія: Процесуальні науки). Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с. С. 14.

¹⁶ Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі : науково-практичний посібник. (Серія: Процесуальні науки). Київ: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с. С. 21

¹⁷ Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі : Науково-практичний посібник. (Серія : Процесуальні науки). Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с. С. 14

¹⁸ Андрійцьо В.Д. Понятійний апарат процесу судового доказування цивільного судочинства (історико-правовий підхід). *Вісник Вищої ради юстиції. Серія «Питання процесу та судової практики»*. 2013. № 2 (14). С. 60–61. URL: http://www.vru.gov.ua/content/article/visnik14_06.pdf (дата звернення: 28.02.2020).

протоколу про порушення митних правил, так і під час здійснення подальшого провадження, а по деяких категорій справ і в суді (санкція яких передбачає конфіскацію). Тому доцільно під час розкриття обраної теми дослідити наявні напрацювання в частині доказування в судових процесах.

У науковій літературі під час дослідження структури процесу доказування вчені виділяють декілька стадій (елементів). Думки правознавців щодо кількості й наявності елементів у структурі доказування різноманітні й досить дискусійні, проте об'єднує їх те, що доказування в усіх випадках розглядається як зміна етапів, що послідовно відбуваються один за одним, – операцій, які призводять до зміни дійсності.

С.С. Бичкова, досліджуючи процес доказування в суді, виділяє три етапи: 1) збирання доказів; 2) дослідження доказів; 3) їх оцінювання. Збирання доказів, на її думку, – це процесуальна діяльність суду та інших учасників цивільного процесу щодо залучення доказів, яка, у свою чергу, складається з: а) подання доказів сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі; б) витребування доказів судом; в) надання судових доручень щодо збирання доказів. Такого ж триелементного загального поділу дотримується й В.В. Комаров.

Професор Д.А. Фурсов відстоює більш широкую структуру діяльності з доказування: виявлення, фіксація, збирання, зберігання, дослідження, перевірка та оцінювання доказів, надаючи кожному елементу особливої значущості. Виявлення доказів, на його думку, залежить від висування реальних версій, які визначають усі можливі варіанти їх знаходження, а також перевірних заходів з приводу кожної з них. Фіксація доказів потрібна для їх збереження в незмінному вигляді. Вона може мати місце в протокольній формі, у письмових доказах або на електронних носіях¹⁹.

Досліджуючи структуру доказування у справах про порушення митних правил, беручи за основу вищезазначені моделі, пропонуємо виділити такі етапи: 1) безпосереднє виявлення порушення митних правил або наявність інформації про можливе вчинення порушення митних правил; 2) фіксація (документування) порушення митних правил шляхом складення протоколу або в разі наявності інформації про можливе вчинення порушення митних правил, підготовка відповідних запитів до компетентних органів (у тому числі до іноземних); 3) зберігання доказів; 4) дослідження; 5) перевірка та оцінювання доказів.

¹⁹ Стадії процесу доказування у цивільному процесі: *Судова влада в Україні*. URL: https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/233009/ (дата звернення: 28.02.2020).

Дослідження доказів – це діяльність, яка полягає в з'ясуванні їх смислу та інформаційного значення, тобто мова йде про сприйняття, вивчення інформації про факти, що містяться в передбачених законом джерелах доказів, з'ясування факторів, які впливають на достовірність доказів, порівняно з окремими доказами, ліквідацію суперечностей між ними.

Оцінювання доказів – це діяльність, яка приводить до переконання про допустимість, належність, достовірність доказів і достатність їх сукупності для встановлення обставин, що мають значення для прийняття рішення.

Усі докази в справі підлягають оцінюванню. Оцінюванням доказів є визначення їх відносності, допустимості, достовірності й достатності²⁰. Посадова особа митного органу, яка здійснює провадження у справі про порушення митних правил, відповідно до митного законодавства, оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, яке має ґрунтуватися на всебічному, повному й об'єктивному дослідженні всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом і правосвідомістю²¹.

Кодексом України про адміністративні правопорушення визначено, що обов'язок щодо збирання доказів покладається на осіб, уповноважених на складання протоколів про адміністративні правопорушення, визначених статтею 255 цього Кодексу²². Однак у наведеному переліку митних органів немає.

Є.В. Додін указує, що якщо в процесі доказування мають бути встановлені факти саме реальної дійсності (інакше кажучи, об'єктивна істина), то саме вони мають бути підґрунтям винесення правозастосовного рішення. Якщо зібрана інформація не відповідає дійсності (не є об'єктивною істиною), не може бути й обґрунтованого, правомірного рішення.

Метою доказування може бути лише істина об'єктивна, а якщо вона не є об'єктивною, то вона не може іменуватися істиною загалом²³. Отже, наведена позиція Є.В. Додіна свідчить про вирішальне

²⁰ Корнута Л.М. Визначення поняття доказів та доказової діяльності в дисциплінарному провадженні щодо державних службовців. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2014. С. 32.

²¹ Митний кодекс України : Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17> (дата звернення: 28.02.2020).

²² Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 28.02.2020).

²³ Додін Е.В. Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского государственного управления. Киев ; Одесса : Вища школа, 1976. С. 78.

значення достовірності як властивості тих чи інших доказів під час обґрунтування уповноваженою особою свого рішення про застосування дисциплінарної відповідальності щодо державних службовців. Жоден із доказів не має переважної сили перед іншими доказами²⁴.

Додатковими стадіями доказування у справах про порушення митних правил можна також уважати збирання доказів; отримання свідчень, їх використання; направлення матеріалів справи про порушення митних правил (за окремими статтями) до суду; розгляд справи про порушення митних правил; винесення постанови та її перегляд у зв'язку з оскарженням.

Параграф 2

Доказування у справах про порушення митних правил є складним і різновидним процесом. Кожна категорія справ про порушення митних правил має свої особливості, які насамперед пов'язані з видом митного режиму, моментом настання відповідальності, колом суб'єктів, які можуть бути притягнуті до адміністративної відповідальності за порушення митних правил, тощо. З урахуванням зазначеного, процес доказування також у кожній справі є унікальним.

Ще одна особливість доказування у справах про порушення митних правил характеризується великим обсягом документообігу, пов'язаних зі специфікою діяльності митних органів і полягає в різноманітті різних видів документів, які використовуються як джерела доказів²⁵. При цьому чітко визначений порядок доказування (використання лише передбачених законом джерел відомостей, обов'язкова процедура отримання та фіксації знань уповноваженими особами, суворо визначена форма тощо), відображаючи ґносеологічні та психологічні закономірності й досягнення правозастосовної практики, є оптимальним, тобто найбільш ефективним і доцільним для вирішення завдань адміністративної юрисдикційної правозастосовної діяльності. Це процесуальний порядок сприяє досягненню справжнього й достовірного знання, забезпечує

²⁴ Корнута Л.М. Визначення поняття доказів та доказової діяльності в дисциплінарному провадженні щодо державних службовців. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2014. С. 32.

²⁵ Немирова Т.А., Гольяпина И.Ю., Базиль В.В. Актуальные вопросы выявления административных правонарушений в сфере таможенного дела. *Эпоха науки. Серия «Юридические науки»*. 2018. № 16. С. 41–46. DOI 10.24411/2409-3203-2018-11611.

правильність прийнятих рішень, їх суспільне визнання та належний виховний ефект^{26, 27}.

30 грудня 2004 р. Наказом Державної митної служби України № 936 з метою однакового застосування норм керівниками митниць, їх заступниками, а також посадовими особами митних органів, уповноваженими складати протоколи про порушення митних правил і здійснювати провадження у справах про порушення митних правил, затверджені Методичні рекомендації щодо провадження у справах про порушення митних правил²⁸, які в подальшому, відповідно до Наказу Державної митної служби України від 18 січня 2013 р. № 15, утратили чинність²⁹.

Розділ 4 Методичних рекомендацій щодо провадження у справах про порушення митних правил мав назву «Докази у справі про порушення митних правил». Зокрема, у цьому розділі містилися норми, якими розкривалося саме поняття «доказ», зазначався перелік даних, які мають доказове значення.

У пункті 4.1 розділу 4 Методичних рекомендацій щодо провадження у справах про порушення митних правил вказувався перелік обставин, які підлягали доказуванню під час провадження у справі про порушення митних правил, а саме: 1) подія порушення митних правил (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення правопорушення); 2) наявність у діях правопорушника вини у формі умислу або необережності, мотив учинення порушення митних правил; 3) обставини, що пом'якшують та обтяжують відповідальність; 4) наслідки правопорушення, характер і розмір заподіяної шкоди; 5) інші обставини, що мають значення для прийняття правильного рішення у справі.

Для встановлення перерахованих обставин, з'ясування об'єктивної істини у справі потрібно зібрати, дослідити, оцінити й використати всі докази³⁰.

²⁶ Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. Москва, 1968.

²⁷ Чернявська О.М. Докази та доказування у справах про порушення митних правил: до питання вдосконалення правового забезпечення. *Lex portus*. 2019. № 3. С. 56. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/LP_2019_3_6 (дата звернення: 28.02.2020).

²⁸ Про затвердження Методичних рекомендацій щодо провадження у справах про порушення : Наказ Державної митної служби України від 30 грудня 2004 року № 936 (утратив чинність). *Державна митна служба України*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/MK041273> (дата звернення: 28.02.2020).

²⁹ Про визнання такими, що втратили чинність, деяких наказів Держмитслужби України : Наказ Державної митної служби України від 18.01.2013 № 15 / Державна митна служба України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/en/v0015342-13#n10> (дата звернення: 28.02.2020).

³⁰ Про затвердження Методичних рекомендацій щодо провадження у справах про порушення : Наказ Державної митної служби України від 30 грудня 2004 р. № 936 (утратили чинність) / Державна митна служба України. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/MK041273> (дата звернення: 28.02.2020).

Після визнання нечинними Методичних рекомендацій щодо провадження у справах про порушення митних правил нових не розроблено.

Ураховуючи вищезазначене, варто на законодавчому рівні розробити методичні рекомендації з розгляду справ про порушення митних правил, один із розділів яких повинен бути присвячено доказуванню. Окрім цього, у вищих навчальних закладах необхідно запровадити спеціальний курс для комплексного вивчення майбутніми митниками процесу доказування у справах про порушення митних правил, організувати на постійній основі в межах підвищення кваліфікації працівників митниці семінари, тренінги, покликані вдосконалити практичні навички, отримати нові знання. Як варіант це можуть бути курси профайлінгу, психологічного спрямування, роботи на поліграфі тощо.

Запропоноване дасть змогу більш кваліфікаційно, якісно, повно та вчасно встановлювати істину по кожній порушеній справі, виключити випадки безпідставного притягнення суб'єктів до адміністративної відповідальності й закриття справ за відсутністю складу адміністративного проступку, закінчення термінів притягнення до відповідальності.

Ще одним із важливих кроків на шляху вдосконалення здійснення митних розслідувань, відповідно, і процесу доказування у справах про порушення митних правил є фактичне надання працівникам оперативних підрозділів територіальних митних органів, які ведуть боротьбу з контрабандою, повноважень здійснювати оперативно-розшукову діяльність. Важливо відмітити, що функція здійснення працівниками митного органу оперативно-розшукової діяльності на законодавчому рівні закріплена в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність»³¹, Митному кодексі України³², однак фактично довгий час мала лише декларативний характер.

Нині, відповідно до Положення про Державну митну службу України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів від 6 березня 2019 р. № 227, повноваженнями щодо організації та проведення відповідно до закону оперативно-розшукової діяльності, здійснення контролю за її провадженням оперативними підрозділами Держмитслужби та її територіальних органів, які ведуть боротьбу з контрабандою; взаємодії в межах повноважень, визначених законом, з іншими органами,

³¹ Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-ХІІ / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12> (дата звернення: 28.02.2020).

³² Митний кодекс України : Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17> (дата звернення: 28.02.2020).

що провадять таку діяльність; ужиття в межах повноважень, визначених законом, заходів щодо відшкодування завданих державі збитків наділена Держана митна служба України як центральний орган³³.

І хоча завданням оперативно-розшукової діяльності є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння осіб, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України³⁴, однак, ураховуючи, що деякі відкриті провадження закриваються за відсутністю складу кримінального порушення та направляються для подальшого розслідування в порядку, передбаченому законодавством про адміністративні правопорушення, фактичне наділення працівників оперативних підрозділів митниці такими повноваженнями сприяло б покращенню роботи в частині оперативного та всебічного збирання необхідної інформації.

Окрім зазначеного, негласний контроль може застосовуватися з метою вилучення товарів, щодо яких є підозра в незаконному перемищенні через митний кордон України.

У будь-якому разі організація та проведення негласних дій насамперед спрямовані на отримання відомостей, що входять до предмета доказування.

Одним із завдань, покладених на Державну митну службу України, є участь у міжнародному співробітництві з питань протидії порушенням митних правил. У зв'язку з цим пріоритетним напрямом, спрямованим на покращення доказування у справах про порушення митних правил, є нагальна необхідність налагодження взаємодії з іншими органами іноземних держав, створення єдиних інформаційних баз. У цій частині вже існує деякий прогрес, однак, на жаль, не з усіма країнами.

ВИСНОВКИ

Доказування у справах про порушення митних правил є унікальним і складним процесом. За результатами наукового дослідження виокремлено структурні елементи (стадії), властиві саме процесу доказування у справах про порушення митних правил. З'ясовано, що процес встановлення істини у справі про порушення митних правил залежить від багатьох факторів.

³³ Положення про Державну митну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 р. № 227 / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF/print#n209> (дата звернення: 28.02.2020).

³⁴ Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 28.02.2020).

З метою вдосконалення процесу доказування у справах про порушення митних правил розроблено низку пропозицій, зумовлених наявністю проблемних питань у цих правових відносинах.

По-перше, існує нагальна необхідність у перегляді чинних нормативно-правових актів, що регулюють інститут доказування у справах про порушення митних правил. У зв'язку з цим доцільно внести зміни до Митного кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення, доповнивши їх положеннями про доказування. Унесення таких змін дасть змогу більш детально врегулювати суспільні відносини, що складаються в процесі доказування у справах про порушення митних правил, виключити корупційні ризики, випадки зловживання правами чи повноваженнями тощо.

Окрім цього, у межах нормативного вдосконалення вважаємо за необхідне розроблення методичних рекомендацій, спрямованих на покращення роботи посадових осіб під час здійснення провадження у справах про порушення митних правил, у яких окремий розділ буде присвячений процесу доказування.

По-друге, важливим є питання кадрової політики. Зокрема, підвищення професійної підготовки посадових осіб митного органу, до повноважень яких зараховано складення протоколу, здійснення провадження у справах про порушення митних правил, а також спеціалістів, залучених до процесу доказування; фактичне розширення повноважень працівників митного органу; надання працівникам доступу до інформаційних баз даних (у тому числі міжнародних); налагодження взаємодії з іншими інституціями.

Така необхідність зумовлена притаманністю інституту доказування у справах про порушення митних правил особливостей, які можуть проявлятися залежно від стадії, категорії митної справи, суб'єкта, який вносить рішення у справі про порушення митних правил (суд, посадова особа митного органу), місця вчинення адміністративного проступку тощо. Технологічний прогрес диктує нові виклики, які зумовлюють використання сучасної техніки, обладнання.

Тому лише комплексний підхід до нормативного врегулювання, отримання відповідних навиків персоналом, забезпечення митних органів сучасними технічними засобами сприятимуть виявленню й фіксуванню порушень, запобіганню порушенням на митному кордоні, а в подальшому й усебічному встановленню істини.

АНОТАЦІЯ

Одним із важливих етапів здійснення провадження у справах про порушення митних правил є доказування. Саме від нього залежить у подальшому, буде визнано суб'єкта винним у вчиненні адміністративного правопорушення чи ні. Питання вжиття заходів щодо доказування посадовими особами митного органу врегульовано нормами національного законодавства поверхово. Ці відносини потребують удосконалення, зумовленого викликами часу, необхідністю використання нових технологій, практичних навиків і вмій, які будуть корисні під час збирання інформації, оцінювання та прийняття рішень.

У зв'язку з цим пропонується розробити практичні рекомендації щодо кожної з основних категорій справ про порушення митних правил. Важливим є перегляд обсягу компетенції посадових осіб митниці та фактичне надання їм повноважень на здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Окремо в дослідженні акцентовано увагу на необхідності умов для проходження працівниками митного органу відповідних курсів, тренінгів, практичних завдань, покликаних підвищити їхній професійний рівень знань, отримати додаткові навички, які пришвидшать процес установлення істини у справах про порушення митних правил, удосконалять якість процесу доказування.

Налагодження взаємодії як між іншими національними органами та службами, так і міжнародними залишається актуальним питанням. Створення єдиних інформаційних баз даних, надання до них доступу всім зацікавленим службам, технічна можливість обміну інформацією повинні бути пріоритетним завданням.

ЛІТЕРАТУРА

1. Андрійцьо В.Д. Понятійний апарат процесу судового доказування цивільного судочинства (історико-правовий підхід). *Вісник Вищої ради юстиції. Серія «Питання процесу та судової практики»*. 2013. № 2 (14). С. 60–61. URL: http://www.vru.gov.ua/content/article/visnik14_06.pdf (дата звернення: 28.02.2020).

2. Білак Н.І., Прокопенко В.В. *Переміщення товарів, які містять об'єкти права інтелектуальної власності, через митний кордон України* : монографія. Дніпро: Університет митної справи та фінансів, 2019. С. 148–149.

3. Грабовська О.О. Теоретико-правові проблеми доказування у цивільному процесі України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2019. С. 7. URL: http://scc.univ.kiev.ua/upload/iblock/e43/aref_Grabovska%20O.%20A..pdf (дата звернення: 28.02.2020).

4. Додин Е.В. Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского государственного управления. Киев ; Одесса : Вища школа, 1976. С. 78.

5. Корнута Л.М. Визначення поняття доказів та доказової діяльності в дисциплінарному провадженні щодо державних службовців. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2014. С. 32.

6. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 28.02.2020).

7. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print> (дата звернення: 28.02.2020).

8. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 28.02.2020).

9. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/card6#Public> (дата звернення: 28.02.2020).

10. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. Москва, 1967.

11. Митний кодекс України : Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17> (дата звернення: 28.02.2020).

12. Немирова Т.А., Гольпяпина И.Ю., Базиль В.В. Актуальные вопросы выявления административных правонарушений в сфере таможенного дела. *Эпоха науки. Серия «Юридические науки»*. 2018. № 16. С. 41–46. DOI 10.24411/2409-3203-2018-11611.

13. Положення про Державну митну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 р. № 227 / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF/print#n209> (дата звернення: 28.02.2020).

14. Приймаченко Д.П. Докази у провадженні у справах про порушення митних правил : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2002. С. 9–10.

15. Про визнання такими, що втратили чинність, деяких наказів Держмитслужби України : Наказ Державної митної служби України від 18.01.2013 № 15 / Державна митна служба України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/en/v0015342-13#n10> (дата звернення: 28.02.2020).

16. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо провадження у справах про порушення : Наказ Державної митної служби України від 30 грудня 2004 року № 936 (утратив чинність) / Державна митна служба України. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/MK041273> (дата звернення: 28.02.2020).

17. Прокопенко В.В., Калакайло Р.І. Процесуальні дії у справах про порушення митних правил : монографія. Чернівці : Техгодрук, 2015. С. 31.

18. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-ХІІ / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12> (дата звернення: 28.02.2020).

19. Про утворення Державної податкової служби України та Державної митної служби України : Постанова Кабінету Міністрів від 18 грудня 2018 р. № 1200 / Верховна Рада України. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/pro-utvorennya-derzhavnoyi-podatkovoyi-sluzhbi-ukrayini-ta-derzhavnoyi-mitnoyi-sluzhbi-ukrayini> (дата звернення: 28.02.2020).

20. Солопова І.В. Специфіка доказування у митних провадженнях. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип. 56. С. 280.

21. Стадії процесу доказування у цивільному процесі: Судова влада в Україні. URL: https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/233009/ (дата звернення: 28.02.2020).

22. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі : науково-практичний посібник. (Серія: Процесуальні науки). Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с. С. 14.

23. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (дата звернення: 28.02.2020).

24. Чернявська О.М. Докази та доказування у справах про порушення митних правил: до питання вдосконалення правового забезпечення. *Lex portus*. 2019. № 3. С. 50–58. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/LP_2019_3_6.

Information about authors:

Bilak N. I.,

Candidate of Law,

Deputy Chief of the Southern Interregional Directorate
for the Execution of Criminal Punishments and Probation of the Ministry
of Justice on the Observance of the Rights of Convicted Persons
and Persons Imprisoned

9, Lustdorf Road, Odessa, Ukraine

Chernyavskaya O. M.,

Postgraduate Student of the National University

“Odessa Law Academy”,

Deputy Head of Customs Post “Odessa International Airport”

State Customs Service of Ukraine

21-A, Ivan and Yuriy Lip Street Odessa, Ukraine

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРАВА ТА СВОБОДИ ЛЮДИНИ ЯК ОСНОВНИЙ КРИТЕРІЙ КОНСТИТУЦІЙНОСТІ Й ЛЕГІТИМНОСТІ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Бліхар В. С., Бліхар М. М.

ВСТУП

Легітимність і конституційність тісно пов'язані між собою, хоча й виступають різними характеристиками такого явища, як державна влада. Легітимність – це сприйняття громадянами органів влади. Конституційність – це відповідність актів і дій органів державної влади Конституції як Основному Закону.

Населення оцінює владу за конкретні кроки, спрямовані на вирішення актуальних проблем у житті суспільства. Рівень оцінювання влади є надзвичайно мінливим, оскільки прямо залежить від щоденної діяльності органів влади, прийняття популярних чи непопулярних рішень. Підтвердженням цьому є численні соціологічні дослідження, проведені впродовж останніх десяти років. У цьому аспекті актуальними залишаються слова Ф. Гізо: «Жодна влада над людьми не звільнена від обов'язку доводити свою легітимність ... тією мірою, якою законна влада має право на свободу людини, свобода має право вимагати від влади доказів її легітимності»¹.

На нашу думку, над поняттям «легітимність» повинні спільно працювати науковці – представники таких галузей науки, як право, політологія, філософія, соціологія. Оскільки лише напрацювання, отримані від розгляду одного й того ж явища з погляду різного предмета, дадуть змогу якнайповніше його вивчити та розробити механізми впровадження й застосування, необхідні саме для конкретного суспільства, держави. Ці дослідження є актуальними особливо сьогодні, оскільки поняття «легітимність» є своєрідним мостом між правом і політикою, між законністю і справедливістю, між раціональністю й доцільністю².

Легітимність неможливо запровадити раз і назавжди. Цей процес повинен бути поступовим і здійснюватися в міру розвитку держави, щоб жоден з елементів легітимності не порушив їх балансу, що призведе, відповідно, до порушення балансу в державі.

¹ Гізо Ф. Политическая философия: о суверенитете. Классический французский либерализм. Москва, 2000. С. 571.

² Бліхар М.М. Конституційні права та свободи людини як основний критерій легітимності публічної влади. *Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики* : матеріали наукового семінару (м. Львів, 22 червня 2018 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2018. С. 19.

Сьогодні легітимність властива для стабільних демократичних держав громадянського суспільства. Це ті суспільства, у яких наявна прозора виборча система, відпрацьована процедура формування органів державної влади, високорозвинена судова система, великий відсоток правосвідомих і правослухняних громадян, розвинена соціальна сфера.

Ще одним поняттям, без якого публічна влада не може бути конституційною та легітимною, є поняття волевиявлення народу. Це закріплено в Конституції України, зокрема ст. 5 зазначено: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи місцевого самоврядування»³. Тобто народ має виключне право на формування органів державної влади та місцевого самоврядування шляхом виборів, право на прийняття важливих політичних рішень, необхідних для забезпечення достойного рівня життя громадян.

Однак ніщо у світі не є ідеальним і жодна держава, навіть найбільш розвинена, держава, у якій сформовані органи влади всіх гілок, чітко відпрацьовані механізми їхньої діяльності, відповідальність за власні дії, не застрахована від збоїв у роботі добре налагодженого механізму – державної влади. Основною причиною цього стає втрата довіри громадян до влади⁴.

1. Конституційні права і свободи людини та громадянина в Україні

Дослідники виділяють кілька причин такого явища: «суперечності, що існують між універсальними цінностями, які панують у суспільстві, та егоїстичними інтересами панівної еліти; значний розрив між діяльністю органів державної влади та реальними потребами суспільства, відсутність механізмів захисту інтересів особи; низький рівень відкритості державної влади, що часто не дає змоги не лише контролювати її, а й узагалі визначати ті інтереси, на забезпечення яких реалізовується та чи інша державна політика; неготовність державної влади та громадянського суспільства взаємодіяти на основі паритетності, партнерства, взаємної довіри та взаємної відповідальності; відносно низький рівень правової й політичної культури як представників влади, так і суспільства загалом, неусталеність демократичних традицій, що властиві розвинутим демократіям; втрата правлячої еліти віри

³ Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 20.02.2020).

⁴ Бліхар М.М. Конституційні права та свободи людини як основний критерій легітимності публічної влади. *Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики* : матеріали наукового семінару (м. Львів, 22 червня 2018 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2018. С. 20.

у свою правомірність, поява всередині неї гострих соціальних суперечностей, зіткнення різних гілок влади; зростання бюрократизації та корумпованості»⁵.

Уникнути таких ситуацій дає змогу постійний діалог між населенням і владою, чіткі схеми контролю діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, дотримання конституції та законів усіма сторонами суспільства.

У світовому співтоваристві в цій галузі є певні напрацювання. Це, зокрема, прийняття документів, які визнали та погодилися дотримуватися чимало держав. Серед них виділяють Загальну декларацію прав людини; Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права; Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Норми і стандарти, викладені в цих документах, ставлять вимоги до законодавства країн, які їх підтримали та схвалили. Легітимність як явище має велике значення для законотворчості. Через категорію справедливості вкладається правовий зміст у будь-який закон, а закон, у свою чергу, покликаний захищати справедливість.

Отже, з наведеного вище можемо зробити висновок, що поняття легітимності становлять справедливість і законність, які не можуть існувати одна без одної.

Однак у світовій практиці відомі випадки, коли відсутність одного із цих складників влада компенсує іншим. Це стосується передовсім держав, що тільки стали на шлях розвитку демократії.

Незадовільно обмежувати легітимність влади лише формально-юридичними ознаками, коли легітимність розуміють тільки як законність, коли політична система чи режим вважається легітимним, якщо має місце відповідність структур, процесів формування й функціонування влади відповідно до букви і духу чинного законодавства. Таке обмеження призводить до ототожнення легітимності та легальності й буває однією з причин кризи легітимності влади. В історії держави та права є багато прикладів того, як досить успішна з формально-юридичного погляду, тобто легальна державна влада (яка сформована й функціонує відповідно до матеріальних і процесуальних норм конституції та інших законодавчих актів), утрачала свою легітимність, через те що її рішення та закони мали, на думку громадян, несправедливий характер⁶.

⁵ Ковальчук В.Б., Іщук С.І. Громадянське суспільство та державна влада в процесі демократичної легітимізації: теоретико-правові аспекти : монографія. Острог, 2013. 131 с.

⁶ Манжоліа П. До питання щодо науково-теоретичного розмежування сутнісного змісту категорій «легальність» та легітимність. *Вибори та демократія*. 2006. № 3. С. 40–42.

Ще однією причиною, через яку може бути втрачено легітимність влади, є неправовий характер законів, які приймає така влада та на які вона опирається. Тобто нормативно-правовий акт повинен бути прийнятий відповідним органом у певному процесуальному порядку. Такі нормативно-правові акти вважаються формально легітимними. Ще однією стороною є змістовна легітимність: окрім умов формальної легітимності, нормативно-правовий акт має отримати підтримку населення.

Умовами легітимності закону є прийняття відповідним органом; дотримання процесуального порядку під час прийняття, правозастосування.

В інших випадках, якщо населення усвідомлює, що політичні рішення та юридичні закони є несправедливими щодо більшості населення держави, у такій державі починають відбуватися процеси, спрямовані на повну зміну влади або чинного законодавства.

Права та свободи людини є основним критерієм конституційності й легітимності влади. У цьому випадку доцільно говорити про основні або ж конституційні права та свободи.

Уже традиційно права і свободи людини та громадянина поділяють на позитивні й негативні.

Права, які ґрунтуються на забороні втручання в певні сфери життя людини, називають негативними. Вони визначають ступінь свободи учасників певних суспільних відносин. Такі права забезпечують одну людину від іншої. До таких прав зараховують право на життя, право на приватну власність і право на свободу світогляду та віросповідання, права людини на ім'я, честь і гідність, права на свободу думки та слова, права на вільне пересування й вибір місця проживання, права на збереження конфіденційності інформації, яка стосується особи та його сім'ї, та деякі права та свободи.

Характерною особливістю цих прав і свобод є те, що вони є невідчужуваними, невід'ємними й абсолютними. Ці права та свободи не може порушити ні інша людина, ні держава, адже тоді остання втрачає свою легітимність. У правовій державі ці права та свободи повинні бути не просто проголошеними, а й стати частиною національного законодавства.

Права, які людина отримує впродовж життя в суспільстві, тобто в процесі взаємодії людини та держави, називають позитивними. До цих прав зараховують: право брати участь в управлінні державними справами; право обирати й бути обраним до представницьких

органів державної влади та місцевого самоврядування; право створювати громадські об'єднання й брати участь у їхній діяльності; право мирно збиратися і проводити збори, мітинги, демонстрації, маніфестації з метою підтримки чи критики діяльності органів влади та самоврядування чи окремих посадових осіб; право письмового чи особистого звернення до органів державної влади та місцевого самоврядування; право на свободу засобів масової інформації.

Як приклад розглянемо право на мирні зібрання, що мають на меті виступ проти певного чи певних законів, дій влади чи окремих посадових осіб, які, на думку протестувальників, мають нелегітимний характер. У певних випадках такі зібрання переростають в акції громадянської непокори. «Громадянський протест – це публічна, ненасильницька, свідомо політична діяльність, яка, однак, спрямована проти нелегітимного закону і здійснюється, як правило, з метою змін у законодавстві чи політиці державної влади. Учасники громадянського протесту колективні суб'єкти апелюють до принципів конституційної демократії, до ідеї фундаментальних прав і свобод чи демократичної легітимності. Акції громадянської непокори посідають проміжне становище між конституційними формами політичної діяльності, з одного боку, і повстанням чи революцією – з іншого. Щоб громадянська непокора зберігала свою легальність і легітимність, необхідно щонайменше дві важливі умови. По-перше, громадянський протест повинен бути врегульований нормами чинного законодавства, які б установлювали чітку процедуру проходження акцій опору, із закріпленням прав та обов'язків учасників публічних акцій, а також гарантій реалізації цих прав. По-друге, легітимний характер громадянського опору значною мірою залежить від високого рівня правової та політичної культури як членів громадянського суспільства, так і представників органів державної влади та місцевого самоврядування⁷.

Позитивні права дають людині змогу захищати свої негативні права законним шляхом.

Одним із найбільш важливих принципів конституційності й легітимності публічної влади є принцип народного суверенітету. Цей принцип «є одним із основоположних принципів конституційної держави, який проголошує народ носієм суверенітету та єдиним джерелом влади у державі. Відповідно до цього принципу народ постає активним учасником політичного процесу і безпосередньо (чи опосередковано)

⁷ Ковальчук В.Б., Іщук С.І. Громадянське суспільство та державна влада в процесі демократичної легітимізації: теоретико-правові аспекти : монографія. Острог, 2013. С. 141–142.

здійснює владарювання. Присутність цього принципу в правовій ідеології також передбачає, що народ здійснює контроль за діяльністю органів влади і у разі втрати ними довіри громадян їх носії можуть бути усунуті від публічної влади правомірним способом»⁸.

Права і свободи людини та громадянина є своєрідним еталоном, критерієм оцінювання діяльності законодавчих і виконавчих органів державної влади та місцевого самоврядування, ефективність існування того чи іншого політичного інституту.

Права і свободи як проголошена цінність знаходять практичне застосування лише за умови їх визнання й дотримання владою. Влада стає легітимною тоді, коли неухильно дотримується й відстоює права і свободи своїх громадян. Тобто права і свободи людини та громадянина перебувають у постійному взаємозв'язку з публічною владою. Стосовно цієї тези Ф. Гізо говорив: «Тою мірою, якою законна влада наділена правом на свободу людини, свобода має право вимагати від влади доказів її легітимності»⁹.

Сьогодні одним із атрибутів правової держави є законодавче закріплення прав і свобод людини та громадянина. Повага держави до людини та громадянина через повагу до його прав і свобод викликає в громадянина повагу до держави через повагу до її законів.

За сучасних умов не є винятком і сьогоднішня Україна, є надання людині права протестувати проти дій влади. Виявом такого права є право на протест¹⁰. Так, Конституція України гарантує права людям на мирні зібрання, мітинги, походи й демонстрації. Також Основний Закон гарантує тим, хто працює, право на страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів. Такі права належать до політичних прав і свобод і є нерозривно пов'язаними з особистими правами і свободами людини та громадянина.

Це право є водночас і своєрідною гарантією захисту інших прав і свобод. Завдяки праву на страйк громадськість може впливати на роботу органів влади та місцевого самоврядування, викликаючи тим самим прийняття тих рішень, які необхідні для суспільства, контролювати процес їх приведення в дію та результативність.

⁸ Ковальчук В.Б., Ішук С.І. Громадянське суспільство та державна влада в процесі демократичної легітимації: теоретико-правові аспекти : монографія. Острог, 2013. С. 31.

⁹ Гізо Ф. Политическая философия: о суверенитете. Классический французский либерализм. Москва, 2000. С. 571.

¹⁰ Бліхар М.М. Конституційні права та свободи людини як основний критерій легітимності публічної влади. *Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики* : матеріали наукового семінару (м. Львів, 22 червня 2018 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2018. С. 21.

Воно викликає і взаємну відповідальність держави та громадянина, адже як влада, так і народ зобов'язані дотримуватися певних правил і процедур навіть у період непорозуміння. Перше, що необхідно буде зробити для примирення обом сторонам, – це сісти за стіл переговорів. Наслідком таких переговорів повинна стати взаємовигідна для обох сторін пропозиція, відображена в нормативно-правовому акті.

Влада вважається легітимною тоді, коли вона відповідає уявленням людей про право, справедливість і провадить свою діяльність в інтересах народу. Тобто це влада, визнана народом.

Легітимність публічної влади – це динамічна система взаємовідносин між владою та громадянами, яка побудована на визнанні громадянами встановленого порядку й функціонування органів влади та їх готовності свідомо діяти відповідно до встановлених державою правил.

На перший погляд може здатися, що конституційність і легітимність – це поняття, які стосуються виключно компетенції держави. Однак насправді це не так. Задля забезпечення конструктивної взаємодії між державою та людиною до управління державою необхідно залучати й інститути громадянського суспільства. Так, уважаємо, що створення певних дорадчих органів при міністерствах і відомствах, залучення пересічних громадян до прийняття важливих політичних рішень і законів сприятиме не лише вдосконаленню діалогу у форматі «людина – держава», а й дасть змогу більш швидко приймати рішення, які будуть позитивно сприйняті населенням і необхідними для покращення життя людей.

2. Конституціоналізм і можливості обмеження прав людини

Провідною ідеєю, на яку сьогодні опираються в процесах державного будівництва та правотворення, є необхідність залучення до правомірної поведінки якнайбільшої кількості людей і демократизація, гуманізація права й держави в її ставленні до людини. Це насамперед є вигідним державі, оскільки допомагає уникнути багатьох проблем, пов'язаних із наслідками вчинення злочинів і правопорушень, неправомірною поведінкою великої кількості людей. Однак і для самої людини має позитивні наслідки – безпечне середовище для життєдіяльності, наявність можливостей для повноцінного розвитку особистості, отримання гарантованих державою прав і свобод, які не можуть бути порушені чи обмежені.

Власне, наявність прав і свобод і можливість їх відновлення в разі порушення чи обмеження є своєрідною гарантією для самої людини щодо наявності механізмів захисту від свавілля як інших людей, так і держави. Це певна демонстрація спроможності держави захистити людину, декларування її цінності. Саме з такою метою й виникло поняття конституціоналізму – системи, яка є гарантом демократії, обґрунтовує людиноцентричну модель суспільства та засобом забезпечення конституційного характеру держави.

«Вихідною ідеєю конституціоналізму, що визначає мету його існування, є забезпечення свободи людини, гарантування її прав, а засобом досягнення цієї мети є обмеження свавілля держави, введення державної влади в певні юридичні межі її функціонування, що забезпечить її від надмірного втручання у сферу свободи індивіда»¹¹. Тобто конституціоналізм – це засіб обмеження свавілля державної влади, це спосіб захисту людини, її прав і свобод, де людина, її права і свободи посідають центральне місце.

Людина від народження володіє певним набором прав і свобод, які не залежать від держави, у якій вона народилася чи проживає. Однак самі по собі ці права не мають жодного значення для держави, саме тому на певному етапі розвитку права та держави виникла необхідність їх юридичного закріплення. Цьому передувала титанічна робота правознавців, філософів, державних діячів, які впродовж багатьох років доводили необхідність проголошення природних прав і свобод людини на юридичному рівні, обґрунтовували доцільність цього насамперед для держави, її подальшого розвитку та функціонування. Таке декларування прав і свобод стало своєрідним поворотом держави до людини, визнання кожної людини цінністю й цінності кожної людини.

«Природні права людини набувають свого практичного втілення (реалізації) через їх нормативне закріплення в конституції та законах держави. Сучасний конституціоналізм із його основними правами людини – єдина реалістична імплементація цінностей природного права в сучасному світі. Включення основних прав і свобод у конституцію – означає прийняття державою зобов'язання не порушувати ці права»¹².

¹¹ Бориславська О. Сутність конституціоналізму: конституціоналізм як ідеологія, доктрина та практика обмеженого правління. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2015. Вип. 61. С. 249.

¹² Ковальчук В.Б. Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці : монографія. Київ : Логос, 2011. С. 203.

Однак існують випадки, коли порушення конституційних прав і свобод однієї людини допоможе захистити багатьох людей, а то й державу, створить гарантії для мирного співіснування людей та держав.

Згідно зі ст. 64 Конституції України¹³, конституційні права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. В умовах воєнного або надзвичайного стану можуть установлюватися окремі прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень.

Так, нещодавно частина українців зіткнулася з такими обмеженнями через Указ Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»¹⁴. У цьому Указі зазначалося, що «у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану, можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України, а також уводиться тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб у межах та обсязі, що необхідні для забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану»¹⁵

Також у Конституції України встановлено певні обмеження щодо реалізації певних прав і свобод однією людиною відносно іншої та відносно держави. Наприклад, ст. 32 Конституції України твердить: «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини»¹⁶. Право вільно збирати й використовувати інформацію, гарантоване ст. 34 Конституції України, законодавець обмежує в інтересах державної безпеки та громадського порядку. Ті самі обмеження стосуються норм, прописаних у ст.ст. 35, 36, 39 Конституції України. Обмеження прав і свобод людини та громадянина,

¹³ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 20.02.2020).

¹⁴ Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 26 листопада 2018 р. № 2630-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2630-19> (дата звернення: 20.02.2020).

¹⁵ Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 26 листопада 2018 р. № 2630-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2630-19> (дата звернення: 20.02.2020).

¹⁶ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 20.02.2020).

висвітлені в указаних статтях, спрямовані передусім на захист прав і свобод самих людей, кожної людини конкретно та держави як сукупності людей, наділених певними правами й обов'язками.

Загальна декларація прав людини¹⁷ як міждержавний нормативно-правовий акт також визначає умови, за яких може бути обмежено права і свободи людини: під час здійснення своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання й поваги прав і свобод інших людей і забезпечення моральних вимог, громадського порядку й загального добробуту в демократичному суспільстві.

Відповідно до обставин, за яких уводиться обмеження прав і свобод, виділяють загальне та індивідуальне обмеження.

Загальне обмеження прав і свобод людини та громадянина зазвичай пов'язане з певними подіями в державі, які зумовили необхідність уведення певного стану: надзвичайного чи воєнного. Уведення цих режимів додатково регулюється відповідними законами.

Так, Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану»¹⁸ визначає зміст правового режиму надзвичайного стану, порядок його введення та припинення дії, особливості діяльності органів державної влади й місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій в умовах надзвичайного стану, додержання прав і свобод людини та громадянина, а також прав і законних інтересів юридичних осіб і відповідальність за порушення вимог або невиконання заходів правового режиму надзвичайного стану. Зокрема, у ст. 22 цього Закону зазначено: «Правовий статус та обмеження прав і свобод громадян та прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах надзвичайного стану визначаються відповідно до Конституції України. ...

В умовах надзвичайного стану не можуть бути обмежені права і свободи людини і громадянина, зазначені у частині другій статті 64 Конституції України»¹⁹.

Законом України «Про правовий режим воєнного стану»²⁰ визначено зміст правового режиму воєнного стану, порядок його введення та скасування, правові засади діяльності органів місцевого

¹⁷ Загальна декларація прав людини. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 20.02.2020).

¹⁸ Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16 березня 2000 р. № 1550-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1550-14> (дата звернення: 20.02.2020).

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

самоврядування, підприємств, установ, органів державної влади, військового командування в умовах воєнного стану, гарантії прав і свобод людини та громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, відповідальність за порушення вимог або невиконання заходів правового режиму воєнного стану.

В умовах воєнного стану не можуть бути обмежені права і свободи людини та громадянина, які передбачені в ч. 2 ст. 64 Конституції України.

Індивідуальне обмеження прав і свобод людини та громадянина застосовується щодо конкретної людини. Власне, цей вид обмеження прав і свобод людини та громадянина прямо залежить від самої людини, її поведінки. За вчинення певного порушення закону до особи може бути застосовано такий вид покарання, як, скажімо, громадські або виправні роботи. Тобто впродовж певного часу людина повинна виконувати суспільно корисну працю. Такий вид обмеження щодо однієї людини застосовують з метою гарантування прав і свобод інших людей. Однак, незважаючи на обмеження прав і свобод, держава все ж таки гарантує такий людині право на оплату праці, право на відпочинок, право на охорону здоров'я.

Сьогодні в Україні розроблена, прийнята й діє низка законів, які через певні обмеження прав і свобод людини та громадянина, покликані забезпечувати державний суверенітет, громадський порядок, захист прав і свобод людей. До цього переліку можна зарахувати нормативно-правові акти різних галузей права, однак об'єднаних метою забезпечення та захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина: Кримінальний процесуальний кодекс України; Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»; Закон України «Про контррозвідувальну діяльність»; Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю».

Ці акти права допускають обмеження права на недоторканність житла, таємницю листування, невтручання в особисте життя людини на період проведення оперативно-розшукових заходів і досудового розслідування. Однак поряд і цим у них містяться чіткі вказівки на неприпустимість розголошення відомостей особистого характеру, що стали відомі в процесі проведення певних дій, проте не мають стосунку до справи, через яку накладено обмеження прав і свобод людини та громадянина на конкретну особу.

Такі закони України, як Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання», Закон України «Про порядок

виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» встановлюють за певних обставин обмеження на такі конституційні права і свободи: право на свободу пересування; право на вільний вибір місця проживання тими особами, які на законних підставах перебувають на території нашої держави; право вільно залишати територію України.

Для захисту інтересів як держави, так і людини законом може бути тимчасово обмежено й такі права і свободи людини та громадянина: право на свободу думки і слова; право на вільне вираження своїх поглядів і переконань; право вільно збирати, зберігати, використовувати й поширювати інформацію; право на свободу світогляду й віросповідання; право на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації для здійснення й захисту своїх прав і свобод і задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів; право на мирне зібрання, проведення мітингів, демонстрацій, зборів. Особливістю обмеження цього права є те, що лише суд може встановити заборону на проведення подібних акцій. Підставами для прийняття такого рішення можуть бути загроза національній безпеці, громадському порядку; право кожної особи володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю; право на здійснення підприємницької діяльності для окремих категорій населення – народних депутатів, державних службовців, працівників силових структур; право тих, хто працює, на страйк.

Український дослідник Олександр Скрипнюк вважає, що «обмеження прав і свобод людини – це передбачений Конституцією та законами України режим тимчасового загального або конкретно-індивідуального призупинення чи звуження обсягу визначених і гарантованих Основним Законом прав і свобод в інтересах забезпечення прав інших людей, а також забезпечення національної безпеки і оборони України. Як випливає зі змісту ст. 64, обмеження конституційних прав і свобод людини не може бути абсолютним і має свої хронологічні, процедурні та, врешті, предметні межі»²¹.

Обмеження прав і свобод людини та громадянина є однією з умов конституціоналізму та як явище має низку характерних ознак: є вимушеним заходом, який застосовується у виняткових випадках; є визначеним у часі; здійснюється в порядку, чітко визначеному законодавством; коло суб'єктів, які можуть установлювати певні обмеження та щодо яких може бути застосовано обмеження, є визначеним на

²¹ Скрипнюк О. Конституційно-правове регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні. *Публічне право*. 2011. № 3. С. 5–11.

законодавчому рівні; існує визначений перелік прав і свобод, які не можуть бути обмежені за жодних обставин; будь-які спроби обмежити права і свободи людини та громадянина незаконним шляхом тягнуть за собою юридичну відповідальність.

Сучасну систему прав і свобод, обов'язків людини та громадянина, яка сьогодні діє в Україні, розроблено як з урахуванням національних традицій державотворення та правотворення, а також із дотримання міжнародних стандартів у сфері забезпечення й захисту прав і свобод людини та громадянина. Серед міжнародних нормативно-правових актів, які Україна ратифікувала та імплементувала до національного законодавства, варто відзначити Загальну декларацію прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Міжнародний пакт про громадянські, соціальні та культурні права, Європейську конвенцію про права і основні свободи людини.

Урешті-решт, держава володіє виключним правом на застосування примусу. Це право їй делегувала людина, яка натомість отримала гарантії захисту, безпеки та визнання й дотримання державою тих прав і свобод, які забезпечать їй можливості для гідного життя та розвитку себе як особистості. А державний примус сьогодні є скоріше засобом впливу держави на людину з метою формування в неї усвідомленої необхідності вчиняти правомірно задля досягнення загального блага – побудови правової держави та громадянського суспільства. Тому застосування обмеження прав і свобод не є показником недосконалості тієї чи іншої держави загалом і її правової системи зокрема, а є однією з умов конституціоналізму.

ВИСНОВКИ

Отже, обмеження прав і свобод людини та громадянина є своєрідним відображенням діяльності людини. Тобто людина, яка вчиняє відповідно до вимог норм законів, не зазнаватиме жодних індивідуальних обмежень своїх прав і свобод. І, навпаки, людина, яка порушує норми й приписи закону, буде обмежена у своїх правах і свободах. Людина, яка вчиняє правомірно, отримує додаткові права, недоступні для тих, хто порушує закон (наприклад, можливість вільного пересування, водіння автомобіля, участі у виборах, зайняття певних посад тощо).

Обмеження прав і свобод має і своєрідний позитивний вплив, оскільки є засобом забезпечення прав і свобод людини та громадянина шляхом спонукання до правослухняних учинків, дотримання

всіх норм і приписів, установлених законодавством. А наслідком такої поведінки стане для людини отримання певних суспільних благ.

Конституція України закріпила основні права і свободи людини та громадянина. Деякі з них є непорушними (право на життя, право на охорону здоров'я тощо), інші ж можуть бути обмеженими (право на вільне висловлювання, право на вільне пересування тощо). Саме держава через Конституцію є гарантом їх дотримання: поряд із обмеженнями, яких зазнає людина, законодавством передбачено шляхи для відновлення обмежених прав, кожному гарантується право на отримання інформації щодо причин обмеження його прав і свобод, право на звернення до суду за відновленням свого порушеного або обмеженого права. Тобто існують конституційно гарантовані засоби захисту від свавілля держави, перевищення владних повноважень посадовими особами відносно пересічних людей.

АНОТАЦІЯ

Права та свободи людини є основним критерієм конституційності й легітимності влади та є своєрідним еталоном, критерієм оцінювання діяльності законодавчих і виконавчих органів державної влади та місцевого самоврядування, ефективністю існування того чи іншого політичного інституту. Сьогодні одним із атрибутів правової держави є законодавче закріплення прав і свобод людини та громадянина. Повага держави до людини та громадянина через повагу до прав і свобод викликає в громадянина повагу до держави через повагу до її законів. Саме держава через Конституцію є гарантом їх дотримання: поряд із обмеженнями, яких зазнає людина, законодавством передбачено шляхи для відновлення обмежених прав, кожному гарантується право на отримання інформації щодо причин обмеження його прав і свобод, право на звернення до суду за відновленням свого порушеного або обмеженого права. Крім того, необхідно виокремити конституційність як своєрідний критерій для оцінювання громадянами політичної системи загалом та окремих органів влади зокрема. Основною умовою існування конституційності є опора чинної влади на конституцію та закони держави. Отже, конституційність і легітимність два взаємопов'язаних поняття. Хоча конституційність не завжди передбачає легітимність влади, легітимність же не може існувати без певних гарантій, які можуть бути відображені в законодавстві.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бліхар В.С. Гносеологічні та онтологічні складові правового статусу людини та громадянина в Україні. *Український соціум: соціально-політичний аналіз сучасності та прогноз майбутнього* : збірник матеріалів XXI Всеукраїнської конференції викладачів, молодих вчених (м. Харків, 4 грудня 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 6–14.
2. Бліхар М.М. Конституційні права та свободи людини як основний критерій легітимності публічної влади. *Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики* : матеріали наукового семінару (м. Львів, 22 червня 2018 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2018. С. 19–23.
3. Бліхар М.М. Конституціоналізм та можливості обмеження прав людини. Конституціоналізм та основи демократії: теоретико-правовий вимір : монографія : 2 ч. / за заг. редакцією д. ю. н., проф. В.Б. Ковальчука. Львів, 2019. Ч. 1. С. 228–238.
4. Бориславська О. Сутність конституціоналізму: конституціоналізм як ідеологія, доктрина та практика обмеженого правління. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2015. Вип. 61. С. 247–256.
5. Гизо Ф. Политическая философия: о суверенитете. Классический французский либерализм. Москва : РОССПЭН, 2000. 592 с.
6. Забокрицький І.І. Основні аспекти сучасного розуміння конституціоналізму. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія «Юридичні науки». 2015. № 827. С. 53–60.
7. Загальна декларація прав людини. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 20.02.2020).
8. Ковалів М.В., Гаврильців М.Т., Бліхар М.М. Конституційне право України : навчальний посібник. Львів : Ліга-прес, 2014. 402 с.
9. Ковальчук В.Б. Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці : монографія. Київ : Логос, 2011. 392 с.
10. Ковальчук В.Б., Ішук С.І. Громадянське суспільство та державна влада в процесі демократичної легітимації: теоретико-правові аспекти : монографія. Острог, 2013. 131 с.
11. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення 20.02.2020).
12. Манжола П. До питання щодо науково-теоретичного розмежування сутнісного змісту категорій «легальність» та легітимність. *Вибори та демократія*. 2006. № 3. С. 40–42.
13. Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 26 листопада 2018 р. № 2630-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2630-19> (дата звернення: 20.02.2020).

14. Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 16 березня 2000 р. № 1550-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1550-14> (дата звернення: 20.02.2020).

15. Савчин М.В. Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму : монографія. Ужгород : РІК-У, 2018. 439 с.

16. Скрипнюк О. Конституційно-правове регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні. *Публічне право*. 2011. № 3. С. 5–11.

17. Blikhar V., Blikhar M. Human rights as a base for the implementation of European legal values in Ukraine and the Republic of Poland in the context of civil society development: Collective monograph. Lublin : Izdevnieciba “Baltija Publishing”, 2019. 356 p.

Information about authors:

Blikhar M. M.,

Doctor of Juridical Sciences, Docent,
Associate Professor of the Department of Constitutional
and International Law
Institute of Jurisprudence and Psychology
of the Lviv Polytechnic National University
1/3, Knyaz Roman str., Lviv, Ukraine

Blikhar V. S.,

Doctor of Philosophical Sciences, Professor,
Head of the Department of Philosophy and Political Science
Lviv State University of Internal Affairs
26, Horodotska str., Lviv, Ukraine

ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЯ ДИСКРИМІНАЦІЇ В ПЕНСІЙНІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Боднарук М. І., Бурка А. В.

ВСТУП

Принципи рівноправності та заборони дискримінації – одні з основоположних принципів права, без яких неможливе формування й існування демократичного, соціального суспільства та побудова правової системи, у якій утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Майбутнє кожної країни залежить від пріоритетних напрямів державної політики, як внутрішньої, так і зовнішньої¹. Прагнення України брати активну участь в європейських інтеграційних процесах зумовлює необхідність реформування її правової системи відповідно до європейських стандартів². На сучасному етапі відносини між Україною та Європейським Союзом (далі – ЄС) розвиваються в напрямі євроінтеграції. У зв'язку із цим, на нашу думку, видається актуальним та доцільним проведення аналізу нормативно-правового регулювання гарантування та втілення на практиці принципів рівності та заборони дискримінації у сфері соціального забезпечення, а саме пенсійного забезпечення, як такої, що є однією з найбільш уразливих до проявів непрямой дискримінації, гендерної нерівності, оскільки досить часто останні приховуються під поняттям «диференціація». Окрім цього, вищезазначений аналіз дозволить дослідити прогрес національного законодавства щодо запозичення досвіду ЄС і утвердження загальноновизнаних норм і принципів (антидискримінаційного характеру) у правовій системі України.

Реалізація антидискримінаційної державної політики покладає на кожну державу обов'язок забезпечення реалізації низки позитивних заходів, першим із яких є, зокрема, розроблення й ухвалення відповідних законів, актів підзаконного характеру чи доповнення вже чинних нормативно-правових актів окремими положеннями.

Відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, в Україні відбувається активний процес реформування законодавства в соціальній сфері. Урядом ухвалені нормативно-правові акти, які

¹ Чічкань М., Бабіч К. Європейські стандарти щодо заборони дискримінації у сфері праці та законодавство України: питання співвідношення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 5. С. 164.

² Богачева Л. Джерела європейського та національного права. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2012. Вип. 24. С. 17.

сприятимуть ефективній реалізації Угоди про асоціацію. Так, у березні 2016 р. Україна ратифікувала Конвенцію Міжнародної організації праці про мінімальні норми соціального забезпечення № 102. У листопаді 2016 р. відбулося укладення Європейського кодексу соціального забезпечення. У 2018 р. затверджено Державну соціальну програму забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 р.³ Розпорядженням Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 5 вересня 2018 р. № 634-р було затверджено Національний план дій з виконання рекомендацій, викладених у заключних зауваженнях Комітету Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) із ліквідації дискримінації щодо жінок до восьмої періодичної доповіді України про виконання Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок на період до 2021 р.⁴

Суттєвим кроком до створення механізму протидії дискримінації, на думку розробників, має стати ухвалення законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гармонізації законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації із правом Європейського Союзу)» № 3501 від 20 листопада 2015 р.)⁵. Ухвалення законопроекту необхідне з погляду як реалізації Угоди про асоціацію, так і наближення до практики європейських країн у питаннях, які він регулює.

У 2019 р. також було досліджено стан імплементації та відповідність нормам законодавства України трьох із шести антидискримінаційних Директив ЄС, які потребують першочергового впровадження у країні відповідно до Угоди про асоціацію: Директиви № 79/7/ЄЕС від 19 грудня 1978 р.; Директиви № 92/85/ЄЕС від 10 жовтня 1992 р.; Директиви Ради 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р.

³ Про затвердження Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 р. : постанова КМУ від 11 квітня 2018 р. № 273. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/273-2018-п> (дата звернення: 24.02.2020).

⁴ Про затвердження Національного плану дій з виконання рекомендацій, викладених у заключних зауваженнях Комітету ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок до восьмої періодичної доповіді України про виконання Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок на період до 2021 р. : розпорядження КМУ від 5 вересня 2018 р. № 634-р. База даних «Урядовий портал». URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-go-planu-dij-z-vikonannya-rekomo-zhinok-do-vosmoyi-periodichnoyi-dopovidi-ukrayini-pro-vikonannya-konvenciyi-pro-likvidaciyu-vsih-form-diskriminaciyi-shehodo-zhinok-na-period-do-2021-roku> (дата звернення: 15.02.2020).

⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гармонізації законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації із правом Європейського Союзу) : проект закону від 20 листопада 2015 р. № 3501 / Верховна Рада України. URL: http://w1.l.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57162 (дата звернення: 19.02.2020).

1. Дискримінація за місцем проживання в пенсійній системі України

Натепер, відповідно до чинного пенсійного законодавства України, особа має право на призначення, отримання заробленої пенсії незалежно від місця її проживання. Якщо ж органи Пенсійного фонду України відмовили у призначенні пенсій громадянам, які постійно проживають за кордоном, то така особа може звернутись до адміністративного суду з позовом про зобов'язання органу Пенсійного фонду України призначити пенсію. На перший погляд, це «звичайна» норма права, яка передбачає абсолютно зрозумілий обов'язок держави надавати пенсійне забезпечення особам, що мають необхідний страховий стаж, досягли зазначеного пенсійного віку (відповідно до національного законодавства) чи відповідають іншим критеріям (залежно від виду пенсії), але за тих чи інших обставин проживають за кордоном. Проте до 7 жовтня 2009 р. частина пенсіонерів, які постійно проживали за кордоном, були позбавлені свого права на отримання пенсії.

У Законі України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (до 7 жовтня 2009 р.) було визначено, що виплата пенсії пенсіонерам припиняється на час їх постійного проживання за кордоном у разі, якщо Україна не уклала з відповідною державою міжнародний договір з питань пенсійного забезпечення і якщо згода на обов'язковість такого міжнародного договору не надана Верховною Радою України⁶. Виняток існував лише для осіб, які отримували пенсії внаслідок трудового каліцтва або професійного захворювання, останнім пенсії виплачувалися незалежно від наявності чи відсутності міжнародного договору (ч. 2 ст. 92 Закону України «Про пенсійне забезпечення»⁷). Тобто йшлося про очевидну дискримінацію прав пенсіонерів, і це тоді, коли відповідно до ст. 7 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» загальнообов'язкове державне пенсійне страхування здійснюється на принципі рівноправності застрахованих осіб щодо отримання пенсійних виплат⁸.

⁶ Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV, у редакції від 5 листопада 2008 р. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15/ed20081105> (дата звернення: 17.02.2020).

⁷ Про пенсійне забезпечення : Закон України від 5 листопада 1991 р. № 1788-XII, у редакції від 1 січня 2008 р. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1788-12/ed20080101> (дата звернення: 16.01.2020).

⁸ Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15> (дата звернення: 18.02.2020).

Не бралися до уваги й положення Загальної декларації прав людини, відповідно до якої всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом: усі люди мають право на рівний захист від будь-якої дискримінації⁹; Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації¹⁰; Європейської соціальної хартії (переглянутої) від 3 травня 1996 р., ратифікованої Законом України від 14 вересня 2006 р. № 137–V, яка набрала чинності з 1 лютого 2007 р. (далі – Хартія), а саме положення ст. 12, відповідно до якої сторони зобов’язуються вживати заходів для забезпечення: рівності між їхніми власними громадянами та громадянами інших сторін у тому, що стосується прав на соціальне забезпечення, включаючи збереження пільг, які надаються законодавством про соціальне забезпечення, незалежно від пересування захищених осіб по територіях держав сторін¹¹.

Що лягло в основу такого дискримінаційного поділу пенсіонерів на дві категорії: 1) яким пенсії не виплачувалися, за відсутності міжнародного договору та 2) яким пенсії виплачувалися і за відсутності міжнародного договору, незрозуміло. Очевидно, що наявність чи відсутність трудового каліцтва, професійного захворювання, не може розцінюватися як об’єктивна й обґрунтована підстава для таких дій, за своєю природою це є дискримінацією.

Переломним у вирішенні цієї проблеми стало рішення Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 р. у справі № 1–32/2009¹². Конституційний Суд зробив висновок щодо неконституційності положень п. 2 ч. 1 ст. 49, другого речення ст. 51 Закону України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування».

Закріплюючи на конституційному рівні право на соціальний захист кожного громадянина, без будь-яких винятків, держава реалізує положення ст. 24 Конституції України, відповідно до яких громадяни мають рівні конституційні права і не може бути обмежень за ознаками

⁹ Загальна декларація прав людини, прийнята і проголош. резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 29.01.2020).

¹⁰ Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21 грудня 1965 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105 (дата звернення: 01.02.2020).

¹¹ Європейська соціальна хартія від 3 травня 1996 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062 (дата звернення: 15.02.2020).

¹² Рішення Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 р. у справі № 1–32/2009. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v025p710-09/ed20150101/sp:max25?sp=:max25&lang=ru> (дата звернення: 12.02.2020).

раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Отже, держава, усупереч конституційним гарантіям соціального захисту для всіх осіб, що мають право на отримання пенсії у старості, на законодавчому рівні позбавила цього права пенсіонерів у тих випадках, коли вони обрали постійним місцем проживання країну, з якою не укладено відповідного міжнародного договору.

Посилання аналогічного дискримінаційного змісту були виявлені і у ст. 3 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування; у ч. 3 ст. 1, ч. 2 ст. 92 Закону України «Про пенсійне забезпечення», ч. 1 ст. 59–1 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи». Тому Конституційний Суд України звернув увагу Верховної Ради України і на необхідність узгодження з Конституцією України положень вищезазначених законів.

Здавалося б, що дане питання вирішено й аналогічні порушення прав пенсіонерів станом на тепер не повинні виникати. Проте це далеко не так. Як показує практика, в Україні і надалі має місце порушення базових принципів здійснення пенсійного забезпечення. Цей факт також підтверджується низкою судових рішень за останні роки, у доповіді Уповноваженого з прав людини за 2018 р., де зазначено, що до Уповноваженого постійно надходять скарги з питань невилплати пенсій пенсіонерам за час їх постійного місця проживання за кордоном, якщо Україна не уклала з відповідною державою міжнародного договору з питань пенсійного забезпечення і якщо згода на обов'язковість такого міжнародного договору не надана Верховною Радою України¹³.

Якщо проаналізувати практику Верховного Суду щодо розгляду даної категорії справ, то загалом вона є позитивною (постанова Верховного Суду України від 12 травня 2015 р. у справі № 21–180a15, постанова Верховного Суду України від 19 травня 2015 р. у справі № 21–168a15, постанова Верховного Суду від 18 вересня 2018 р. у справі № 522/535/17, постанова Верховного Суду від 19 вересня 2018 р. у справі № 766/1519/17, постанова Верховного Суду від 31 січня 2019 р. у справі № 520/9721/16-а, постанова Верховного Суду

¹³ Про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина України: щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. 2018 р. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/npm/info/> (дата звернення: 25.01.2020).

від 12 березня 2019 р. у справі № 127/2126/17, постанова Верховного Суду від 13 червня 2019 р. у справі № 204/1134/17 (2а/204/91/17)).

Так, під час розгляду даної категорії справ Верховний Суд, окрім іншого, враховує: 1) положення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.: кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права¹⁴; 2) практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо розгляду справ стосовно порушення права володіння майном, де поняття «майно», як і «власність», має досить широке тлумачення й охоплює цілу низку економічних інтересів (активів) – як матеріальних, так і нематеріальних, включає в себе право на пенсію та соціальні виплати (справа «Міллер проти Австрії», заява № 5849/72; справа «Гайгузус проти Австрії», заява № 17371/90; справа «Стек та інші проти Сполученого Королівства», заяви №№ 65731/01 та 65900/01¹⁵; 3) положення Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», де встановлено, що реєстрація місця проживання чи місця перебування особи або її відсутність не можуть бути умовою реалізації прав і свобод, передбачених Конституцією, законами чи міжнародними договорами України, або підставою для їх обмеження¹⁶; 4) рішення ЄСПЛ у справі «Пічкур проти України», заява № 10441/06, що набрало статусу остаточного 7 лютого 2014 р., у якому було зроблено висновок, що право на отримання пенсії як таке стало залежним від місця проживання заявника. Це призвело до ситуації, у якій заявник, пропрацювавши багато років у своїй країні та сплативши внески до системи пенсійного забезпечення, був зовсім позбавлений права на пенсію лише на тій підставі, що він більше не проживає на території України (п. 51 цього рішення)¹⁷; 5) положення висновку № 11 (2008 р.) Консультативної ради

¹⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 27.01.2020).

¹⁵ Постанова Верховного Суду від 18 вересня 2018 р. у справі № 522/535/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/84621472> (дата звернення: 15.01.2020).

¹⁶ Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11 грудня 2003 р. № 1382–IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1382-15> (дата звернення: 17.01.2020).

¹⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пічкур проти України» від 7 листопада 2013 р., заява № 10441/06. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_984 (дата звернення: 29.01.2020).

європейських суддів щодо якості судових рішень (п. п. 32–41), у якому, серед іншого, звертається увага на те, що всі судові рішення повинні бути обґрунтованими, зрозумілими, викладеними чіткою і простою мовою, і це є необхідною передумовою розуміння рішення сторонами та громадськістю; 6) позицію ЄСПЛ (в аспекті оцінки аргументів учасників справи в касаційному провадженні), сформовану, зокрема, у справах «Салов проти України» (№ 65518/01; п. 89), «Проніна проти України» (№ 63566/00; п. 23), «Серявін та інші проти України» (№ 4909/04; п. 58): принцип, пов'язаний із належним здійсненням правосуддя, передбачає, що в рішеннях судів та інших органів із вирішення спорів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються; 7) положення про те, що право не виникає внаслідок неправомірних дій (*ex iniuria ius non oritur*) або бездіяльності; держава не може відмовитися від виконання свого зобов'язання, посиляючись на підстави, які визнано незаконними; те, що право виникає з факту (*ex facto ius oritur*), не означає, що право може виникати з несправедливості (*ex iniuria ius non oritur*). Зазначені підходи застосовані ЄСПЛ, зокрема, у рішеннях: “Paradiso and Campanelli v. Italy” (№ 25358/12), “Sidabras and Others v. Lithuania” (№ 50421/08), “Ioannou v. Turkey” (№ 18364/91), “Schenk v. Switzerland” (№ 10862/84), “Stromblad v. Sweden” (№ 3684/07)¹⁸.

Як бачимо, під час розгляду вищезазначеної категорії справ досить активно використовується практика ЄСПЛ, яка, відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», є офіційним джерелом права.

2. Гендерна нерівність у пенсійній системі України

Гендерна рівність є невід'ємною складовою частиною прав людини й умовою сталого розвитку країни. У демократичних суспільствах повинні бути гарантовані на рівні закону і створені умови для втілення на практиці можливостей чоловікам і жінкам однаковою мірою брати участь у всіх сферах життя та відповідно бути в них захищеними. Останні п'ятдесят років діяльність міжнародної спільноти спрямована на привернення уваги до питання гендерної рівності. Гендерна рівність визнається як цінність, якої слід досягнути адля справедливості та суспільного розвитку.

¹⁸ Постанова Верховного Суду від 1 жовтня 2019 р. у справі № 804/3646/18. *Юридичний інтернет-ресурс «Протокол»*. URL: https://protocol.ua/ua/vs_kas_ukrainskiy_pensioner/ (дата звернення: 11.01.2020).

Проголошення гендерної рівності цінністю передбачає досягнення рівного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства шляхом правового забезпечення рівних прав жінок і чоловіків, ліквідації гендерної дискримінації, застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права¹⁹. Незважаючи на позитивні результати ЄС у боротьбі з дискримінацією за ознакою статі, даний напрям діяльності і сьогодні залишається актуальним.

Для України питання гендерної рівності також залишається відкритим, зокрема у сфері пенсійного забезпечення. Упровадження принципів рівних прав та можливостей жінок і чоловіків є однією з важливих умов європейської інтеграції України та виконання міжнародних зобов'язань згідно з основними міжнародними договорами у сфері захисту прав людини, зокрема Цілей сталого розвитку до 2030 р., затверджених Генеральною Асамблеєю ООН²⁰.

Проблему недостатнього рівня впровадження принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків в Україні передбачається розв'язати шляхом застосування комплексного підходу та здійснення заходів, спрямованих на вдосконалення нормативно-правової бази, механізму проведення гендерно-правової експертизи та впровадження статистичних показників у сфері забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків; виконання договірних та інших міжнародних зобов'язань щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків; поєднання політики гендерного інтегрування в усіх сферах життя і за всіма напрямками суспільного розвитку, поліпшення становища жінок у тих сферах, де існує нерівність тощо²¹, з урахуванням рекомендацій ООН, Ради Європи, ЄС, Організації з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ), міжнародних моніторингових інституцій у сфері прав людини.

Велике значення для забезпечення принципу рівності чоловіків і жінок у сфері соціального забезпечення, зокрема і пенсійного забезпечення, має Директива ЄС № 79/7/ЄЕС від 19 грудня 1978 р.,

¹⁹ Гендерна політика Європейського Союзу: загальні принципи та найкращі практики. Київ, 2015. С. 6. *Міжнародний центр перспективних досліджень (МЦПД)*. URL: http://www.icps.com.ua/assets/uploads/files/genderna_pol_tika_s.pdf (дата звернення: 25.02.2020).

²⁰ Про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина України : щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. 2018 р. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/npm/info/> (дата звернення: 25.01.2020).

²¹ Про затвердження Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 р. : постанова КМУ від 11 квітня 2018 р. № 273. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/273-2018-p> (дата звернення: 24.02.2020).

що належить до низки Директив ЄС, які потребують першочергового впровадження в Україні. Директива охоплює державні системи обов'язкового соціального забезпечення, що передбачають захист від таких ризиків, як хвороба, інвалідність, старість, безробіття, нещасні випадки на виробництві та професійні захворювання.

Окрім Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, яку Україна ратифікувала ще 19 грудня 1980 р., Конституції України (ст. 24)²², одним з основних національних законів, метою якого було гарантувати рівні права, можливості чоловіків та жінок у нашій державі, зокрема й у сфері соціального забезпечення, є Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 8 вересня 2005 р. Відповідно до ст. 6 даного Закону, дискримінація за ознакою статі забороняється. Не вважаються дискримінацією за ознакою статі: спеціальний захист жінок під час вагітності, пологів та грудного вигодовування дитини; різниця в пенсійному віці для жінок і чоловіків, передбачена законом тощо.

Органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації рівною мірою повинні враховувати інтереси жінок і чоловіків під час здійснення заходів щодо їх соціального захисту. Погіршення становища осіб будь-якої статі в разі застосування системи соціального страхування, пенсійного забезпечення, соціальної допомоги є неприпустимим (ст. 20)²³.

З одного боку, громадян як чоловічої, так і жіночої статі наділено однаковими правами в соціальній сфері та забезпечено де-юре рівні умови їх здійснення. Однак з іншого – гендер передбачає і відмінності та їхні межі у правах і гарантіях, які зумовлені різною статтю людини. Це визначається реальними потребами як чоловіка, так і жінки. Значною своєю частиною це проблема соціальної сфери, де реалізуються соціальні права, зокрема право на пенсійне забезпечення.

В Україні має місце порушення принципу рівності між чоловіками і жінками у сфері пенсійного забезпечення, для цього є причини. Перелічимо основні з них: 1) більше жінок, ніж чоловіків перебувають у вимушених відпустках; 2) більшість серед тих, хто працює неповний робочий день, – жінки; 3) виконання материнської функції перешкоджає службовій кар'єрі та подальшому соціальному забезпеченню; 4) заробітна

²² Конституція України від 28 червня 1996 р. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 01.11.2020).

²³ Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 8 вересня 2005 р. № 2866–IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15> (дата звернення: 12.02.2020).

плата в жінок нижча за заробітну плату чоловіків; 5) тривалість їхнього страхового стажу і накопичень також здебільшого менша, що пов'язано з материнством; 6) за диференціацією віку раніший вихід на пенсію; 7) у жінок очікувана тривалість життя більша, ніж у чоловіків, – усе це в сукупності призводить до нижчого рівня пенсійних виплат²⁴.

Починаючи із 2011 р. в Україні відбувається поетапне підвищення і вирівнювання (до пенсійного віку чоловіків) пенсійного віку жінок – з 55 років до 60 років. Багато хто з науковців вважають таке рішення правильним, оскільки воно може мати позитивний вплив на розмір пенсії для жінок²⁵. За оцінками експертів, в Україні не існує жодних об'єктивних фізіологічних, економічних чи соціальних підстав для утримання нижчої межі пенсійного віку для жінок. Існуюча раніше п'ятирічна різниця в пенсійному віці та тривалості страхового стажу для жінок і чоловіків була соціально несправедливою і суперечила страховим принципам, адже жінки набували права виходу на пенсію й одержання мінімального розміру пенсії (який є однаковим незалежно від статі) за меншого трудового внеску. Як наслідок, нижча межа пенсійного віку та, відповідно, коротша тривалість стажу зумовлювали нижчий розмір пенсій у жінок²⁶.

Установлення єдиного порогу пенсійного віку та необхідного страхового стажу для жінок і чоловіків потрібне не тільки і не стільки для поліпшення фінансової ситуації в Пенсійному фонді, скільки для забезпечення реальної гендерної рівності у трудових і пенсійних правах, розширення можливостей щодо розвитку та реалізації людського (зокрема, трудового) потенціалу населення України. Проте одразу зауважимо, що збільшення пенсійного віку жінок до пенсійного віку чоловіків не означає швидкого або автоматичного зрівняння розмірів їхніх пенсій. Щоби був помітний результат, повинен пройти певний період часу. Окрім цього, не може йтися про «абсолютну рівність» у розмірах пенсій, що апіорі неможливо.

Певний гендерний розрив у рівні пенсійних виплат існуватиме за будь-яких умов, оскільки внаслідок цілого комплексу чинників чоловікам властиво мати в середньому більші зарплати, а жінки зазвичай

²⁴ Копачовець Н. Правові аспекти рівності жінок і чоловіків у сфері соціального забезпечення. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_48 (дата звернення: 23.02.2020).

²⁵ Линдюк О. Гендерні підходи у сфері пенсійного забезпечення державних службовців. С. 125–132. URL: <http://academy.gov.ua/ej/ej19/PDF/16.pdf> (дата звернення: 23.02.2020).

²⁶ Герасименко В. Гендерні невідповідності пенсійної системи в Україні: проблеми та перспективи. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/11787/08-Gerasumenko.pdf?sequence=1> (дата звернення: 14.02.2020).

роблять перерву у трудовій діяльності, пов'язану з народженням і вихованням дітей, упродовж якої за них сплачуються мінімальні пенсійні внески. Проте завдяки реалізації цілого комплексу заходів у сфері регулювання оплати праці, насамперед встановлення рівного пенсійного віку для жінок і чоловіків, гендерні відмінності в рівні пенсійного забезпечення можна скоротити. Окрім цього, варто звернути увагу на те, що проблема гендерного пенсійного розриву характерна не лише для України, а і для Великобританії, Кіпру, Нідерландів, Данії, Словаччини тощо.

Одним із важливих інструментів підвищення адекватності пенсій за віком для жінок є додаткові гарантії, які дозволяють поєднувати працю з материнством. У цьому сенсі законодавство України прогресивне, оскільки до страхового пенсійного стажу зараховуються періоди не тільки перебування у відпустках у зв'язку з вагітністю та пологами, а й догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, у разі отримання допомоги під час таких відпусток²⁷.

Необхідно також звернути увагу і на положення ст. 115 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» щодо різних вимог до віку та страхового стажу для чоловіків і жінок щодо дострокового виходу на пенсію, які, на нашу думку, є необґрунтованими і видаються дискримінаційними. Така ж позиція відображена і в аналітичному звіті, що був розроблений за результатами аналізу регулювання дотримання рівності та недискримінації в доступі до праці, послуг і соціального забезпечення: оцінка стану впровадження Україною антидискримінаційних Директив ЄС²⁸. Ідеться про такі групи осіб: 1) особи, хворі на гіпофізарний нанізм (ліліпути), диспропорційні карлики; 2) особи з інвалідністю за зором І групи – сліпі й особи з інвалідністю з дитинства І групи; 3) дружини (чоловіки), якщо вони не взяли повторний шлюб, діти, які стали особами з інвалідністю до досягнення повноліття, і батьки, яким надано статус особи, на яку поширюється чинність Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»; 5) військовослужбовці, особи начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ, поліцейські, які брали участь

²⁷ Яценко В. Чому пенсії у жінок менші і чому так буде ще 200 років. *Українська правда*. URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2019/01/9/643934/> (дата звернення: 19.01.2020).

²⁸ Аналіз регулювання дотримання рівності та недискримінації у доступі до праці, послуг та соціального забезпечення: оцінка стану впровадження Україною антидискримінаційних Директив ЄС : аналітичний звіт за результатами дослідження. Київ, 2019. С. 17. URL: <https://www.civic-synergy.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Analiz-regulyuvannya-dotryman-nya-rivnosti-ta-nedyskryminatsiyi-u-dostupi-do-pratsi-poslug-ta-sotsialnogo-zabezpechennya.pdf> (дата звернення: 18.02.2020).

у бойових діях, в антитерористичній операції в районах її проведення, у здійсненні заходів із гарантування національної безпеки і оборони тощо²⁹. Вважаємо, що в подібних ситуаціях (у разі встановлення різних вікових меж та страхового стажу для чоловіків і жінок) повинно існувати належне обґрунтування їх диференціації, оскільки інакше це можна розглядати як прояви дискримінації.

Рівні права жінок і чоловіків у сфері зайнятості та праці відіграють важливу роль у забезпеченні рівності прав та можливостей загалом. За даними Державної служби статистики України, між чоловіками та жінками в Україні існує значний гендерний розрив в оплаті праці³⁰, що в результаті призводить до великого розриву в розмірах пенсійних виплат.

ВИСНОВКИ

Обраний Україною курс до євроінтеграції зумовлює політику держави, спрямовану на утвердження загальноправових цінностей, насамперед принципу заборони дискримінації та гендерної рівності. Активний процес реформування законодавства в соціальній сфері, який можна спостерігати протягом останніх років, спрямований на запозичення досвіду Європейського Союзу. Проте, незважаючи на позитивні зміни у векторі розвитку, удосконалення вітчизняного законодавства, залишається ще багато невирішених питань.

Дослідивши прояви дискримінації, зокрема гендерної нерівності, що існують у системі пенсійного забезпечення України, можна стверджувати, що положення Конституції України, ратифікованих міжнародних договорів, угод, конвенцій, законодавчих актів, на жаль, здебільшого мають суто декларативний характер і не підкріплені механізмами реалізації, фінансовими й організаційними ресурсами держави й органів місцевого самоврядування. Такі правові реалії на практиці призводять до порушення прав осіб і спричиняють «парадоксальну» ситуацію, коли базові правові принципи (рівноправності, заборони дискримінації, гендерної рівності), встановлені

²⁹ Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15> (дата звернення: 18.02.2020).

³⁰ Аналіз регулювання дотримання рівності та недискримінації у доступі до праці, послуг та соціального забезпечення: оцінка стану впровадження Україною антидискримінаційних Директив ЄС : аналітичний звіт за результатами дослідження. Київ, 2019. С. 19. URL: <https://www.civic-synergy.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Analiz-regulyuvannya-dotrymannya-rivnosti-ta-nedyskryminatsiyi-u-dostupi-do-pratsi-poslug-ta-sotsialnogo-zabezpechennya.pdf> (дата звернення: 18.02.2020).

і гарантовані державою, опускаються, виносяться на «другий план». Навіть більше, у законодавчих актах спеціального характеру, що регламентують окремі види та форми соціального забезпечення, принцип рівності загалом і гендерної рівності зокрема не закріплено.

Що стосується гендерної нерівності в межах пенсійної системи, то оскільки остання має комплексний характер, її неможливо усунути шляхом подолання лише одного чи двох чинників, що її спричиняють. У такому разі протидія також повинна бути системною. Наприклад, усунення різниці в пенсійному віці чоловіків і жінок може і не привести до очікуваних результатів, якщо не усунути чинники гендерного дисбалансу, що притаманні сфері зайнятості. Іншою проблемою правового регулювання соціального забезпечення загалом і пенсійного забезпечення зокрема є непрям дискримінація, яку досить часто можна сплутати з диференціацією, та відсутність механізму протидії їй.

АНОТАЦІЯ

Обраний Україною проєвропейський вектор розвитку покладає на неї зобов'язання щодо утвердження та забезпечення реалізації на практиці загальноновизнаних правових цінностей. Будь-яка сучасна держава, яка позиціонує себе як демократична та правова, не може вважатися такою, якщо не здійснює соціально-правову політику щодо запобігання та протидії дискримінації, гендерної нерівності в усіх сферах суспільного життя. Для України, як і для багатьох країн Європейського Союзу, продовжує залишатися актуальним питання захисту осіб від будь-яких проявів дискримінації, утвердження принципу рівності чоловіків і жінок. Першим кроком до вирішення цього питання є розробка й ухвалення відповідних правових актів, ратифікація міжнародних норм.

Проведене правове дослідження дозволило визначити прогресивний розвиток українського законодавства у сфері протидії дискримінації з урахуванням досвіду Європейського Союзу та рекомендацій інших міжнародних організацій. Особлива увага в дослідженні приділяється виявленню проявів дискримінації в пенсійній системі. Так, за результатами дослідження було зроблено висновок, що нормативне закріплення принципу заборони дискримінації та гендерної рівності ще не означає автоматичного припинення порушення прав осіб. Оскільки, окрім гарантування даних принципів, повинен ще існувати механізм їх утвердження на практиці, налагоджена система контролю за проявами дискримінації. Що стосується гендерної нерівності в пенсійному забезпеченні, то вирішення цієї проблеми також повинно мати

комплексних характер, бути спрямоване на усунення всіх причин, що призводять до гендерної нерівності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Чічкань М., Бабіч К. Європейські стандарти щодо заборони дискримінації у сфері праці та законодавство України: питання співвідношення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 5. С. 163–166.

2. Богачева Л. Джерела європейського та національного права. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2012. Вип. 24. С. 17–26.

3. Про затвердження Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 р. : постанова КМУ від 11 квітня 2018 р. № 273. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/273-2018-п> (дата звернення: 24.02.2020).

4. Про затвердження Національного плану дій з виконання рекомендацій, викладених у заключних зауваженнях Комітету ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок до восьмої періодичної доповіді України про виконання Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок на період до 2021 р. : розпорядження КМУ від 5 вересня 2018 р. № 634-р. *База даних «Урядовий портал»*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-go-planu-dij-z-vikonannya-rekomo-zhinok-do-vosmoyi-periodichnoyi-dopovidi-ukrayini-pro-vikonannya-konvenciyi-pro-likvidaciyu-vsih-form-diskriminaciyi-shchodo-zhinok-na-period-do-2021-roku> (дата звернення: 15.02.2020).

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гармонізації законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації із правом Європейського Союзу): проект закону від 20 листопада 2015 р. № 3501 / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57162 (дата звернення: 19.02.2020).

6. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058–IV, у редакції від 5 листопада 2008 р. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15/ed20081105> (дата звернення: 17.02.2020).

7. Про пенсійне забезпечення : Закон України від 5 листопада 1991 р. № 1788–XII, у редакції від 1 січня 2008 р. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1788-12/ed20080101> (дата звернення: 16.01.2020).

8. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058–IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1058-15> (дата звернення: 18.02.2020).

9. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголош. резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 29.01.2020).

10. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21 грудня 1965 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105 (дата звернення: 01.02.2020).

11. Європейська соціальна хартія від 3 травня 1996 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062 (дата звернення: 15.02.2020).

12. Рішення Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 р. у справі № 1–32/2009. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v025p710-09/ed20150101/sp:max25?sp=:max25&lang=ru> (дата звернення: 12.02.2020).

13. Про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина України: щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. 2018 р. 134 с. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/npm/info/> (дата звернення: 25.01.2020).

14. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 27.01.2020).

15. Постанова Верховного Суду від 18 вересня 2018 р. у справі № 522/535/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/84621472> (дата звернення: 15.01.2020).

16. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні: Закон України від 11 грудня 2003 р. № 1382–IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1382-15> (дата звернення: 17.01.2020).

17. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пічкур проти України» від 7 листопада 2013 р. заява № 10441/06. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_984 (дата звернення: 29.01.2020).

18. Постанова Верховного Суду від 1 жовтня 2019 р. у справі № 804/3646/18. *Юридичний інтернет-ресурс «Протокол»*. URL: https://protocol.ua/ua/vs_kas_ukrainskiy_pensioner/ (дата звернення: 11.01.2020).

19. Гендерна політика Європейського Союзу: загальні принципи та найкращі практики. Київ, 2015. *Міжнародний центр перспективних досліджень (МЦПД)*. 44 с. URL: http://www.icps.com.ua/assets/uploads/files/genderna_pol_tika_s.pdf (дата звернення: 25.02.2020).

20. Конституція України від 28 червня 1996 р. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 01.11.2020).

21. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 8 вересня 2005 р. № 2866–IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15> (дата звернення: 12.02.2020).

22. Копачовець Н. Правові аспекти рівності жінок і чоловіків у сфері соціального забезпечення. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_48 (дата звернення: 23.02.2020).

23. Линдюк О. Гендерні підходи у сфері пенсійного забезпечення державних службовців. С. 125–132. URL: <http://academy.gov.ua/ej/ej19/PDF/16.pdf> (дата звернення: 23.02.2020).

24. Герасименко В. Гендерні невідповідності пенсійної системи в Україні: проблеми та перспективи. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/11787/08Gerasumenko.pdf?sequence=1> (дата звернення: 14.02.2020).

25. Яценко В. Чому пенсії у жінок менші і чому так буде ще 200 років. *Українська правда*. URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2019/01/9/643934/> (дата звернення: 19.01.2020).

26. Аналіз регулювання дотримання рівності та недискримінації у доступі до праці, послуг та соціального забезпечення: оцінка стану впровадження Україною антидискримінаційних Директив ЄС : аналітичний звіт за результатами дослідження. Київ, 2019. 51 с. URL: <https://www.civic-synergy.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Analiz-regulyvannya-dotrymannya-rivnosti-ta-nedyskryminatsiyi-u-dostupi-do-pratsi-poslug-ta-sotsialnogo-zabezpechennya.pdf> (дата звернення: 18.02.2020).

Information about authors:

Bodnaruk M. I.,

LL. D.,

Professor of the Department of Private Law
Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University
2, Kotsyubynsky str., Chernivtsi, 58012, Ukraine

Burka A. V.,

Assistant of the Department of Private Law
Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University
2, Kotsyubynsky str., Chernivtsi, 58012, Ukraine

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ТА УКРАЇНСЬКИЙ КОНЦЕПТ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ

Бойко І. В., Соловйова О. М.

ВСТУП

Українська держава ще в 1996 р. закріпила в Конституції положення про те, що людина визнається в Україні найвищою соціальною цінністю. Особливої значущості ця базова ідея набуває у відносинах, що виникають у людини з публічною адміністрацією щодо реалізації належних їй прав і виконання покладених законодавством обов'язків. В Україні і громадянське суспільство, і державні інституції усвідомлюють, що перебіг таких відносин має здійснюватися за правилами, що в європейській правовій традиції дістали назву «адміністративна процедура». Необхідність переосмислення концепції діяльності з публічного адміністрування в бік забезпечення й захисту прав приватної особи виступає також необхідною передумовою інтеграції України до Європейського Союзу. Без нормативного врегулювання відносин органів публічного адміністрування із приватними (фізичними та юридичними) особами важко уявити цей процес. Саме для цього стануть у пригоді європейські стандарти, вироблені впродовж багатьох років. Адже у країнах Західної Європи питання про формування таких правил постало ще в ХІХ ст. В Україні ж в юридичному середовищі та в політичних колах стали порушувати питання про необхідність ухвалення адміністративно-процедурного закону (або кодексу) лише 20 років тому.

1. Європейські традиції адміністративної процедури

Значимо, що демократичний спосіб розвитку низки держав сприяв виробленню численних правил, що застосовуються для регламентації діяльності публічної адміністрації. Зі збільшенням вимог до суб'єктів владарювання з боку громадянського суспільства ці правила трансформувалися й об'єктивувалися у три покоління адміністративної процедури. Фази еволюції адміністративної процедури в історичному аспекті були описані Дж. Барном¹, а потім й іншими вченими².

¹ Barnes J. Three generations of administrative procedures. *Comparative Administrative Law* / S. Rose-Ackerman et al. (eds.). Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2017. P. 302–318.

² Kovač P. Innovative administrative procedure Law: Mission impossible? *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy*. 2017–2018. № X (2). P. 93–117.

Перший етап розпочався ще в XIX ст. і був пов'язаний із виробленням процедурних вимог щодо ухвалення рішень адміністрацією. Такі процедури спрямовувалися на вирішення конкретної індивідуальної справи та розглядалися як один зі способів захисту від неправовірних дій чи бездіяльності. Для процедури першого покоління характерне встановлення певних обов'язків суб'єктів влади під час ухвалення рішення щодо приватної особи, зокрема мотивувати рішення, ухвалене не на користь приватної особи, забезпечення інших прав особи, зокрема, бути вислуханою під час розгляду її справи, доступу до інформації про її справу, брати участь в адміністративній процедурі особисто або через представника. Здебільшого такі правила формували суди у своїх рішеннях, розглядаючи публічно-правові конфлікти між приватними особами та публічною адміністрацією.

Другий етап характерний для окремих країн та відбувався впродовж 1950-х і 1960-х рр. Процедури другого покоління спрямовувалися на створення правил нормотворчості, що здійснювалася владою виконавчою або муніципальною. Найбільш значущим актом цього періоду став Акт про адміністративні процедури Сполучених Штатів Америки (далі – США) 1946 р. У науковій літературі це покоління характеризується «квазізаконодавчим» стилем³.

Третя фаза розпочалася в умовах динамічних адміністративних процесів, розвитку державно-приватного партнерства та була орієнтована на управління в усьому світі (наддержавне, транснаціональне). Процедури третього покоління охоплюють відносини публічної адміністрації та приватного партнерства, спрямовуються на ухвалення найкращого рішення, а не пошук його в раніше встановлених правилах. Процедурні правила не лише використовуються органами публічної влади для вирішення внутрішньодержавних питань, але й залучаються у політичну сферу на національному та глобальному рівнях. Це нове й останнє покоління охоплює розробку публічної політики та використання процедурних механізмів, що впливають із сучасних методів управління. Процедура третього покоління характеризується наявністю в публічній адміністрації широкої дискреції.

Отже, у глобальній правовій спадщині правила адміністративної процедури охоплюють і ухвалення адміністративних актів, і розроблення правил нормотворення, і формування стандартів ухвалення політичних

³ Barnes J. Three generations of administrative procedures. *Comparative Administrative Law* / S. Rose-Ackerman et al. (eds.). Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2017. P. 300.

рішень щодо загального розвитку, співпраці та контролю. Але в будь-якому разі процедура орієнтована не на результат, а на сам процес.

Термін «процедура» уживається в багатьох науках, зокрема і в юриспруденції. Він походить від французького *procedure* та латинського *procedo-*, що означає «проходжу» або «просуваю». У загальному розумінні процедура визначається як певна сукупність дій чи операцій, за допомогою яких реалізується той чи інший процес або етап, стадія, що виражає зміст відповідної технології чи діяльності. У правовій науці процедура – це регламентований юридичною нормою порядок вчинення дій або ухвалення рішень у сфері правозастосування. Ключовою в цьому визначенні є категорія «порядок», під яким розуміють сукупність послідовно вчинюваних дій і ухвалених рішень, логічно поєднаних і спрямованих на досягнення певного результату⁴.

Поняття «адміністративна процедура» змістовно наповнено двома термінами. По-перше, процедура є порядком вчинення дій для досягнення певного результату. По-друге, термін «адміністративний» у науці тлумачиться як той, що пов'язаний з управлінням, а також той, що покликаний служити. Таке двоєке розуміння базової категорії адміністративного права зумовлює існування двох типів правовідносин, що виникають у сфері публічного управління. Це ті відносини, що мають управлінський характер, виникають за ініціативою владарюючих суб'єктів, у яких на приватних осіб покладається здебільшого виконання обов'язків, та відносини з публічною адміністрацією, у яких приватні особи реалізують значну частину своїх прав. Ці два типи правовідносин потребують для свого врегулювання дещо відмінних принципів і правил⁵.

Країни західної Європи пройшли тривалий шлях досліджень, а згодом і нормативного закріплення загальних правил діяльності суб'єктів публічного адміністрування. Але розуміння змісту, що вкладається в поняття адміністративної процедури в закордонних країнах, є досить різноманітним. Об'єктивно відсутній єдиний підхід, який би визнавався у правовій доктрині та закріплювався в законодавчих актах усіх країн. Різні позиції науковців та, відповідно, парламентів закордонних країн щодо змісту поняття адміністративної процедури спостерігається навіть у тих країнах, що належать до однієї правової системи:

⁴ Адміністративна процедура : навчальний посібник / І. Бойко та ін. ; за заг. ред. І. Бойко. Харків : Право, 2019. С. 6.

⁵ Бойко І. В. Адміністративна процедура: поняття, ознаки і види. *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : збірник наукових праць / редкол. : С. Серьогіна та ін. Харків : Право, 2017. Вип. 33. С. 116–117.

континентальної чи англо-американської. Узагальнено можна виділити широке і вузьке розуміння адміністративної процедури.

У широкому розумінні до адміністративної процедури відносять усі закріплені у відповідних джерелах права норми, що встановлюють порядок ухвалення будь-яких рішень та вчинення інших дій суб'єктами публічного адміністрування. У вузькому розумінні до адміністративної процедури відносять правові норми лише щодо ухвалення суб'єктами публічного адміністрування індивідуальних рішень, що мають зовнішнє спрямування, пов'язаних із наданням прав приватним особам або покладенням на них обов'язків.

Упродовж другої половини ХХ ст. в європейських країнах було напрацьовано низку адміністративно-процедурних правил. У більшості держав відбулися систематизація законодавства про адміністративну процедуру й ухвалення окремих законодавчих актів (Австрія, Польща, Угорщина, Іспанія, Федеративна Республіка Німеччина, Данія, Болгарія, Італія, Нідерланди, Португалія, Естонія, Латвія й ін.). На теренах колишнього Радянського Союзу закони про адміністративну процедуру не ухвалили лише Україна та Росія.

У більшості країн правове регулювання різновидів адміністративної процедури відбувається не лише за допомогою одного нормативно-правового акта. Передусім це зумовлено досить істотними відмінностями в цілях правового регулювання певної діяльності. У законодавстві держав, що належать до континентальної правової системи, чітко віднесено до адміністративних лише зовнішні процедури діяльності суб'єктів публічного адміністрування. У країнах англо-американської правової системи також можна зазначити аналогічний підхід. Отже, якщо держава й ухвалює загальний закон (кодекс) про адміністративну процедуру, то він стосується лише так званого «зовнішнього» боку діяльності публічної адміністрації.

На європейському континенті більшість країн ухвалили загальний закон про адміністративну процедуру, а деякі – його другу та третю редакцію. Натомість такі країни, як Велика Британія та Російська Федерація, не систематизували своє процедурне законодавство.

Проте основною тенденцією розвитку адміністративно-процедурного законодавства в різних країнах світу є консолідація адміністративно-процедурних норм в одному загальному акті.

2. Основні дослідницькі підходи до проблематики адміністративної процедури в Україні

В Україні відсутній єдиний нормативно-правовий акт, який би регламентував адміністративну процедуру. Крім того, на сучасному етапі розвитку адміністративного права змістовне наповнення поняття «адміністративна процедура» не визначене законодавством. Вітчизняними науковцями також не вироблено єдиного й уніфікованого підходу до тлумачення цього терміна. Можливо, відсутність єдиної концепції адміністративної процедури пов'язана із триваючою науковою дискусією щодо визначення співвідношення понять «адміністративна процедура» й «адміністративний процес». Останній був центральною категорією радянського адміністративного права (хоча навіть у ті часи існувало декілька концепцій адміністративного процесу: управлінській, судовий, юрисдикційний тощо). З розвитком сучасного українського адміністративного права, на формування якого значно вплинули визнані стандарти європейського законодавства⁶, у ньому з'являються нові терміни, які до цього часу не вивчалися, зокрема: «адміністративна процедура», «публічна послуга», «адміністративна послуга», «публічне адміністрування». А це потребує переосмислення наукових підходів, що дісталися у спадок українській науці. Хоча адміністративна процедура згадується в Концепції адміністративно-правової реформи⁷, досі ані науковцями, ані законодавцем не вироблено уніфікованого розуміння адміністративної процедури, яке, крім усього, було б чітко відмежоване від поняття «адміністративний процес».

Доцільність існування категорії «адміністративна процедура» зумовлюється сприйняттям судової концепції адміністративного процесу. У такому разі адміністративна процедура виокремлюється в інститут, який посідає центральне місце в системі адміністративного права, або навіть може йтися про формування окремої галузі права адміністративних процедур.

Категорія «адміністративна процедура» й інші, пов'язані з нею, не є усталеними для адміністративно-правової науки. Хоча останнім часом у науковій і навчальній літературі все частіше вживається цей термін. Завдання науковців – розробити концепцію розуміння правових

⁶ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 29. Ст. 367.

⁷ Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22 липня 1998 р. *Офіційний вісник України*. 1999. № 21. Ст. 943.

категорій, які були б сприйняті науковцями щодо їх змістовного наповнення і стали підґрунтям для розробки відповідних законопроєктів.

У сучасній юридичній літературі наведено низку тлумачень адміністративної процедури, що безпосередньо зумовлюється різними підходами до її розуміння, зокрема і в питанні співвідношення з «адміністративним процесом».

Одними вченими вивчення процедури розпочинається лише у співвідношенні з уже відомими терміном «адміністративний процес». Так, зазначається, що адміністративна процедура й адміністративний процес є пов'язаними та близькими, але самостійними правовими поняттями⁸. На відміну від процесу, процедура не є явищем, наділеним часовою динамікою, у процедурі відсутня головна детермінанта процесу – подовженість у часовому вимірі, тобто процес наділяється такими ознаками, як динаміка, безперервний рух, що виражається в послідовних переходах від одного до іншого стану, а процедура визначається як дискретність такого руху⁹. Т. Коломоєць визнає такий погляд і зазначає, що процедура не є рухом або діяльністю, а являє собою лише процесуальні етапи здійснення розвитку відповідного явища¹⁰.

Інші вчені пропонують розглядати адміністративну процедуру як врегульовану адміністративно-процедурними нормами послідовність дій суб'єктів нормотворчої і правозастосовної діяльності, структурованих відповідними процедурними відносинами, щодо ухвалення нормативно-правових актів управління та вирішення адміністративних справ¹¹.

Більшість учених приділяють увагу позитивній стороні справ, вирішення яких регламентується адміністративною процедурою. На думку В. Бевзенка, адміністративна процедура – це насамперед інститут адміністративного (матеріального) права, зміст і призначення якого описуються в загальній частині цієї галузі права¹². Ю. Басова зазначає, що під адміністративними процедурами варто розуміти встановлений адміністративно-правовими нормами послідовний порядок правозастосовної діяльності

⁸ Фролов Ю. Адміністративні процедури: зміст та особливості. *Форум права*. 2013. № 3. С. 692–698.

⁹ Кузьменко О. Теоретичні засади адміністративного процесу: монографія. Київ: Аттіка, 2005. С. 167.

¹⁰ Адміністративне право України: підручник / Т. Коломоєць та ін.; за заг. ред. Т. Коломоєць. Київ: Істина, 2009. С. 240.

¹¹ Миколенко О. Місце адміністративного процедурного права в системі юридичних знань та системі права України: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Запоріжжя, 2011. С. 29.

¹² Бевзенко В. Деякі теоретичні міркування щодо адміністративних процесуальних і процедурних категорій у вітчизняній адміністративно-правовій та адміністративно-процесуальній науці. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2011. № 3. С. 58.

публічної адміністрації щодо вирішення індивідуальних адміністративних справ, результатом якої є ухвалення адміністративного акта або укладення адміністративного договору¹³. За визначенням О. Буханевича, адміністративна процедура – встановлений законодавством порядок розгляду і вирішення адміністративним органом індивідуальних справ, пов'язаних зі зверненням фізичних і юридичних осіб із метою реалізації своїх прав, свобод та законних інтересів¹⁴.

Так само під адміністративною процедурою в літературі розуміють нормативно встановлений порядок послідовно здійснюваних дій органів публічної адміністрації, спрямованих на ухвалення владних управлінських рішень і реалізацію повноважень, не пов'язаних із розглядом спорів або застосуванням заходів примусу¹⁵, або як встановлену законом сукупність послідовно здійснюваних суб'єктом публічної адміністрації процедурних дій із розгляду та вирішення адміністративної справи, результатом якої є ухвалення адміністративного акта, який встановлює, змінює чи припиняє права й обов'язки суб'єктів адміністративно-правових відносин¹⁶.

На думку В. Галуцька, адміністративна процедура – це встановлений законодавством порядок розгляду і розв'язання органами публічної адміністрації індивідуальних адміністративних справ з метою забезпечення прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства та держави¹⁷.

Як видно із зазначених визначень, більшість науковців під адміністративною процедурою розуміють винятково зовнішню правозастосовну діяльність органів державної влади, тоді як частина дослідників включають у дане поняття також і внутрішньоорганізаційні процедури¹⁸.

¹³ Басова Ю. Теоретико-правовий аналіз поняття «адміністративна процедура». *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2014. № 11. Т. 1. С. 123.

¹⁴ Буханевич О. Поняття та сутність процедури надання адміністративних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5. С. 128.

¹⁵ Губерська Н. Адміністративні процедури у сфері вищої освіти : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2016. С. 24.

¹⁶ Левченко О. Адміністративна процедура як правова форма надання адміністративних послуг: поняття, ознаки та співвідношення із суміжними правовими поняттями. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 2 (8). С. 110.

¹⁷ Адміністративне право України : навчальний посібник / В. Галуцько та ін. ; за ред. В. Галуцька. Херсон : Грінь Д.С., 2015. Т. 1 : Загальне адміністративне право. С. 224.

¹⁸ Бельский К. Феноменология административного права / отв. ред. С. Кремень. Смоленск : Изд-во Смоленского гуманитарного ун-та, 1995. С. 61–63.

Незважаючи на заплутаність вказаних доктринальних поглядів учених-адміністративістів, зазвичай усі вони стверджують, що адміністративна процедура прямо пов'язана з діяльністю суб'єктів публічної адміністрації; являє собою певний порядок дій органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб; має правовий характер, оскільки принципи та правила, що визначають адміністративну процедуру, містяться у приписах нормативно-правових актів. Уважаємо, що принципи тієї чи іншої діяльності публічної адміністрації визначають мету і призначення такої діяльності. Віднесення до адміністративної процедури таких кардинально різних видів діяльності (внутрішньоорганізаційна, юрисдикційна, нормотворча) не дозволяє об'єднати їх загальними принципами. Наприклад, визначним принципом у провадженні у справах про адміністративні правопорушення буде презумпція невинуватості особи, тоді як для позитивних індивідуальних справ – презумпція правомірності дій особи.

Пропонуємо під адміністративною процедурою розуміти нормативно закріплений порядок ухвалення адміністративних актів, спрямований на вирішення конкретних справ у сфері публічного адміністрування, а в деяких випадках і виконання такого акта¹⁹. Такий підхід, на нашу думку, відповідає європейським традиціям і підходам у дослідженнях даного питання та сучасному розвитку національного законодавства в цій сфері.

Вищенаведені характеристики адміністративної процедури можна доповнити й іншими, як-от: регламентує як діяльність суб'єкта публічного адміністрування, так і поведінку приватних осіб; має основним призначенням забезпечення ефективної реалізації прав приватних осіб і унеможливлення їх порушення; спрямована на ухвалення адміністративного акта суб'єктом публічного адміністрування; застосовується для настання правових наслідків для осіб, які перебувають зовні системи публічного адміністрування. Більшість справ, що розв'язуються за допомогою правил адміністративної процедури, мають позитивний характер. Виняток становить процедура розгляду скарг, яка застосовується для вирішення конфлікту, що виникає в разі наявності у сторін правовідносин різних уявлень про те, як слід учинити в конкретній ситуації. Також під час розгляду скарги не лише врегульовується конфлікт, а й може бути ухвалене рішення про задоволення заяви

¹⁹ Адміністративна процедура : навчальний посібник / І. Бойко та ін. ; за заг. ред. І. Бойко. Харків : Право, 2019. С. 8.

приватної особи. Тому адміністративне оскарження можна розцінювати як факультативну стадію адміністративної процедури.

3. Стан українського законодавства про адміністративну процедуру

Незважаючи на відмінності в підходах, які спостерігаємо у праві різних держав, основною тенденцією наукових досліджень і законодавчих ініціатив є вироблення єдиних стандартів правового регулювання адміністративної процедури, формування загальних принципів діяльності публічної адміністрації. Адміністративно-процедурне законодавство повинно встановлювати мінімальні стандарти, яких треба дотримуватись у всіх сферах діяльності адміністрації. Відсутність загального закону про адміністративну процедуру в Україні не означає відсутності норм, що регламентують відносини суб'єктів публічного адміністрування із приватними особами щодо реалізації останніми суб'єктивних публічних прав і виконання покладених на них обов'язків. У таких актах закріплюються основні принципи та правила, які найліпшим чином забезпечують таку реалізацію.

Серед групи таких нормативно-правових актів можна виділити ті, що мають універсальний характер і стосуються загальних питань вирішення індивідуальних справ у сфері публічного адміністрування. До них належать конституційні положення щодо принципів діяльності суб'єктів публічної влади. Так, ст. 19 Конституції України встановлює, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Ця норма Основного закону окреслює принципові засади відносин державних органів із приватними особами. Значення Конституції України полягає в тому, що всі інші законодавчі акти мають відповідати її положенням, інакше будуть визнані неконституційними.

Зasadничою нормою адміністративної процедури варто вважати ст. 40 Конституції України: «Усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк».

Зазначені конституційні положення деталізовані в Законі України «Про звернення громадян»²⁰. Серед найважливіших положень Закону, що стосуються адміністративної процедури, виділимо: права особи під час розгляду заяви чи скарги (ст. 18); відповідні обов'язки органів державної влади й місцевого самоврядування (ст. 19); загальні терміни розгляду заяв чи скарг, а також подання скарг в адміністративному порядку (ст.ст. 17, 20). Цей Закон вміщує загальні правила розгляду звернень громадян, права особи під час здійснення процедури їх розгляду й вирішення. Закон «Про звернення громадян» є базовим для інституту адміністративної процедури. Ухвалений у 1996 р., на той час він відіграв значну роль у правовому регулюванні порядку розгляду пропозицій (зауважень), заяв (клопотань) і скарг, що надходили від громадян до органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб та деяких інших суб'єктів. З того часу ухвалено низку інших законів адміністративно-процедурного характеру, проте все ж залишається поза правовим регулюванням загальний порядок розгляду й вирішення звернень юридичних осіб, а регламентація прав і обов'язків приватної особи й органу влади під час вирішення питання, що порушено в заяві особи, не відповідає європейським стандартам.

Ще одним актом, що має загальний характер, тобто поширюється на всіх суб'єктів публічного адміністрування і містить, по суті, принципи адміністративної процедури, є Кодекс адміністративного судочинства України. У п. 2 ст. 2 чинної редакції цього Кодексу передбачено вимоги, що перевіряються адміністративними судами у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень (здебільшого суб'єктами публічного адміністрування). За змістом ці вимоги відповідають чималій частині принципів доброго адміністрування, закріплених у Рекомендації (2007) 7 Комітету міністрів Ради Європи. Попри те, що аналізована норма міститься в судовому процесуальному Кодексі, зазначеними вимогами повинні керуватись у своїй повсякденній діяльності передусім службовці органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування. Адже в разі недотримання цих вимог-принципів відповідні рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта публічного адміністрування можуть бути визнані неправомірними в судовому порядку.

Крім наведених законодавчих актів загального характеру, варто виділити так звані рамкові закони, які регулюють адміністративну

²⁰ Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1294-15>.

процедуру під час виконання численними суб'єктами публічного адміністрування досить об'ємних функцій: надання адміністративних послуг або ж контрольно-наглядової (інспекційної) діяльності.

Загальні правові засади реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб у сфері надання адміністративних послуг і процедура надання таких послуг визначаються Законом України «Про адміністративні послуги». Процедура реалізації конкретних прав приватних осіб у межах процедури надання адміністративних послуг закріплена в інших законодавчих актах, як-от: «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», «Про регулювання містобудівної діяльності». Окреме місце серед актів посідають ті, що регламентують адміністративні послуги у сфері підприємництва та господарської діяльності. Так, до них можна віднести закони України «Про ліцензування видів господарської діяльності», «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Процедура реєстрації окремих суб'єктів регламентується також законами України «Про громадські об'єднання», «Про благодійну діяльність та благодійні організації», «Про політичні партії в Україні».

Іншу групу законодавчих актів процедурного характеру становлять ті, що регулюють здійснення контролю (нагляду), зокрема у сфері господарської діяльності. Тут назвемо Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності».

Окремого врегулювання процедурними нормами зазнала сфера соціального спрямування. Основними законодавчими актами є закони України «Про соціальні послуги», «Про державну допомогу сім'ям з дітьми», «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям».

Ще одна група актів про адміністративну процедуру містить норми, спрямовані на задоволення суспільних потреб та представлення інтересів неперсоніфікованого кола осіб. До таких актів віднесемо закони України «Про концесії», «Про регулювання містобудівної діяльності», «Про публічні закупівлі».

До законодавства про адміністративну процедуру відносять і численні підзаконні нормативно-правові акти, що містять приписи, які деталізують порядок ухвалення суб'єктами публічного адміністрування адміністративних актів, а також ухвалюються з метою заповнення прогалин законодавчого забезпечення адміністративної процедури.

Крім актів національного законодавства, варто згадати про акти Комітету міністрів Ради Європи (далі – РЄ), положення яких не є обов’язковими приписами для урядів держав-членів РЄ, проте мають рекомендаційний характер і визначають напрям розвитку законодавства країни. До таких віднесемо: Резолюцію (77) 31 Комітету міністрів про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади²¹, Рекомендацію № R (80) 2 Комітету міністрів державам-членам стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень²², Рекомендацію № R (87) 16 Комітету міністрів державам-членам стосовно адміністративних процедур, які впливають на права великої кількості осіб²³; Рекомендацію Rec (2001) 9 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами та сторонами – приватними особами²⁴.

Такі документи називають актами «м’якого права», їх положення не є нормами права, але відіграють важливу роль у виробленні уявлень про принципи адміністративної процедури, основні права приватних осіб під час здійснення адміністративними органами дій, ухвалення рішень, спрямованих на реалізацію прав цих осіб, виконання ними передбачених законом обов’язків.

Специфічний вплив на розуміння правил адміністративної процедури мають і судові рішення. Теоретики права судову практику визначають як допоміжні (додаткові) джерела права²⁵. Так, наприклад, допоміжним джерелом права щодо Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод будуть рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Відповідно до Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.,

²¹ Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities : Council of Europe Committee of Ministers at 28.09.1977. URL: <https://rm.coe.int/16804dec56>.

²² Recommendation № R (80) 2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities : Council of Europe Committee of Ministers at 10.03.1980. URL: <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

²³ Recommendation № R (87) 16 of the Committee of Ministers to member states on administrative procedures affecting a large number of persons : Council of Europe Committee of Ministers at 17.09.1987. URL: <https://rm.coe.int/16804eaa5c>.

²⁴ Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties : Council of Europe Committee of Ministers at 05.09.2001. URL: <https://rm.coe.int/16805e2b59>.

²⁵ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 154.

Першого протоколу та протоколів №№ 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»²⁶, Україна цілком визнає дію на своїй території ст. 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції. Науковці зауважують, що практики Суду без Конвенції не існує, тому під такою практикою слід розуміти рішення Суду, які виступають як допоміжне джерело права та стосуються практичного застосування положень Конвенції як основного джерела права. Отже, прецедентне право як наближене до конкретних життєвих ситуацій, на відміну від деяких абстрактних норм законодавства, більш адекватно реагує на динамізм сучасного життя, відображає правові ідеали і загально визнані правові цінності, що відкриває певні перспективи застосування прецеденту в Україні як джерела права. Це один зі шляхів інтеграції вітчизняної правової системи до європейського правового простору²⁷.

Варто зазначити і вплив рішень ЄСПЛ на вирішення адміністративної справи. Для прикладу згадаємо рішення «Гарнага проти України»²⁸, у якому Європейський суд встановив, що обмеження, накладені на можливість зміни по батькові особи, порушують її право на приватне життя, закріплене у ст. 8 Конвенції.

Проте серед владарюючих суб'єктів немає чіткого розуміння щодо ролі практики ЄСПЛ у врегулюванні правовідносин у сфері публічного адміністрування. Цьому сприяє неоднозначність сприйняття рішень ЄСПЛ як джерела права і, як наслідок, неврахування позицій ЄСПЛ під час вирішення адміністративних справ, пов'язаних із реалізацією суб'єктивних публічних прав. На користь цієї позиції наведемо думку дослідниці практики ЄСПЛ Т. Дудаш. Учена стверджує, що «вплив Конвенції та практики Суду на національне законодавство та правове регулювання держав-учасниць Конвенції обмежується такими повноваженнями Суду, як, зокрема, рішення Суду, включаючи і рішення у справах, у яких відповідачем виступила певна держава, вони не мають характеру обов'язкового прецеденту для законодавця та судової практики цієї держави. Поняття

²⁶ Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів №№ 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>.

²⁷ Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. С. 154-155.

²⁸ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Гарнага проти України» від 16 серпня 2013 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 1. Ст. 30.

«прецедентне право Суду» має юридичне значення для практики Суду, а не для національних правових систем держав-учасниць Конвенції. Україна зробила певний крок у цьому напрямі, але він поки що залишається радше декларативним. Так, у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» вказано, що суди застосовують Конвенцію і практику Суду як джерело права. При цьому таке формулювання видається не зовсім коректним, тому що як джерело права можуть застосовуватися лише норми міжнародного договору – Конвенції, тоді як практика Суду є джерелом тлумачення норм Конвенції²⁹.

Великого значення для розуміння змісту правил адміністративної процедури набувають рішення Конституційного Суду України. Відповідно до ст. 147 Основного закону України, Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів України Конституції України та у передбачених Конституцією випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України. Рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України, є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені (ст. 151–1 Конституції України).

Наприклад, Конституційний Суд України, розглядаючи питання про право органу місцевого самоврядування скасовувати свої раніше ухвалені рішення, висловив свою позицію щодо неможливості скасовувати свої попередні рішення, вносити до них зміни, якщо відповідно до приписів цих рішень виникли правовідносини, пов'язані з реалізацією певних суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, і суб'єкти цих правовідносин заперечують проти їх зміни чи припинення³⁰.

ВИСНОВКИ

Наведений аналіз нормативно-правових актів процедурного характеру дозволяє дійти висновку, що в Україні вже сформований правовий інститут адміністративної процедури, який характеризується такими загальними рисами: 1) має видову однорідність соціального змісту,

²⁹ Дудаш Т. Практика Європейського суду з прав людини : навчально-практичний посібник. Київ : Алерта, 2013. С. 33.

³⁰ У справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 19, ст. 144 Конституції України, ст. 25, ч. 14 ст. 46, ч.ч. 1, 10 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування) : рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2009 р. № 7-рп/2009. *Офіційний вісник України*. 2009. № 32. Ст. 1084.

тобто основним його призначенням є забезпечення ефективної реалізації прав приватних осіб і унеможливлення їх порушення; 2) володіє відносною нормативною самостійністю, стійкістю й автономністю функціонування, але на іншому рівні, ніж галузь адміністративного права, є її підсистемою; 3) відособлений від інших інститутів адміністративного права; 4) характеризується специфічністю засобів правового регулювання, оскільки норми спрямовані на регулювання процедури ухвалення адміністративного акта; 5) має у своєму змісті загальні положення та єдині принципи (верховенства права, законності, презумпція правомірності дій і вимог приватної особи, рівноправності, пропорційності й інші); 6) формує загальні поняття у власних межах (адміністративна послуга, адміністративний акт, суб'єкт публічного адміністрування тощо).

Законодавство про адміністративну процедуру становить систему нормативно-правових актів, що містять приписи про правила здійснення тих чи інших видів адміністративної процедури, а також про її принципи. Проте, як уже зазначалось, системі такого законодавства бракує загального акта – Закону про адміністративну процедуру, або Адміністративно-процедурного кодексу, в якому були б вміщені норми про принципи відносин суб'єктів публічного адміністрування із приватними особами щодо реалізації останніми суб'єктивних публічних прав, основні права й обов'язки сторін праввідносин, види адміністративних актів, що ухвалюються в результаті вирішення справи, та ін.

Закон про адміністративну процедуру, безумовно, поліпшить становище приватної особи у відносинах із публічною адміністрацією, адже закріпить її можливості вимагати від суб'єкта влади вчинення конкретних дій, ухвалення рішень, наведення мотивів вирішення справи. Такий законодавчий акт, як нам здається, стане «основним законом публічної адміністрації», що дозволить її обмежувати та контролювати, а приватній особі забезпечить участь в адміністративній процедурі. Він має бути ціннісно орієнтованим: процедура формування рішення адміністративним органом важлива не лише з погляду ефективного виконання функцій публічної адміністрації, але й для правового захисту приватної особи та легітимізації адміністративного акта. Очевидно, що через адміністративну процедуру ідея «людиноцентризму» реально буде відображена в нормах права.

Під час подальшого реформування законодавства варто брати до уваги основні принципи, які виділяються в європейських документах.

Так, у згадуваній уже Резолюції про захист особи щодо актів адміністративних органів було визначено п'ять таких принципів: право бути вислуханою, доступ до інформації, допомога і представництво, виклад мотивів, зазначення засобів правового захисту. Рада Європи використовувала термін «принципи», насамперед намагаючись уникнути нав'язування їхньої обов'язковості для держав-членів Ради Європи і щоб наголосити на їхньому рекомендаційному характері. В українському адміністративно-процедурному законодавстві такі принципи зазнали опосередкованого закріплення. Але чітке їх розміщення у спеціальному загальному акті про адміністративну процедуру дозволить поліпшити становище приватної особи у відносинах із публічною адміністрацією, адже закріпить її можливості вимагати від суб'єкта влади вчинення конкретних дій, ухвалення рішень, наведення мотивів вирішення справи.

Узагалі на сучасному етапі можна зазначити активізацію низки європейських міждержавних інституцій, передусім Ради Європи, щодо вироблення єдиних стандартів правового забезпечення адміністративної процедури. З найважливіших документів у цьому напрямі зазначимо Рекомендацію CM/Rec (2007)7 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо доброго (належного) адміністрування (good administration)³¹ та Резолюцію Європейського парламенту від 15 січня 2013 р. з рекомендаціями Комісії з адміністративно-процедурного права в Європейському Союзі³².

Останній документ узагалі окреслює перспективу ухвалення європейського законодавства про адміністративну процедуру, яке б могло зміцнити «спонтанну конвергенцію національного адміністративного права щодо загальних принципів провадження та основоположних прав громадян у відносинах з адміністрацією і таким чином зміцнити процес інтеграції». Названі документи, вочевидь, впливають на правотворення та правозастосування не лише в державах-членах Європейського Союзу та Ради Європи, але й в інших країнах.

Підбиваючи підсумок, зазначимо, що з урахуванням тенденцій розвитку адміністративно-процедурного законодавства, зокрема європейського, Україні варто пришвидшити процес ухвалення загального нормативно-правового акта в цій сфері. На наш погляд, сутність

³¹ Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to member states on good administration on 20.06.2007. URL: <https://rm.coe.int/16807096b9>.

³² European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024 (INL)). *Official Journal of the European Union*. Vol. 58. 30 December 2015. P. 17–22.

адміністративної процедури для української держави на сучасному етапі розвитку має полягати в установленні обов'язків суб'єктів влади ухвалювати рішення щодо приватних осіб за уніфікованими правилами, серед яких визначальне місце посідають: гарантування права особи бути вислуханою під час розгляду її справи, забезпечення права брати участь в адміністративній процедурі особисто або через представника, зазначення засобів правового захисту, необхідність мотивувати рішення, ухвалене не на користь приватної особи, доступ особи до інформації про її справу.

АНОТАЦІЯ

У науковій статті порушено питання про необхідність розроблення й ухвалення в Україні загального законодавчого акта про адміністративну процедуру. Проаналізовано, як у світовій правовій спадщині ідея адміністративної процедури пройшла низку етапів свого розвитку й трансформації, що об'єктувалися у 3 її покоління. Висвітлено зміст дискусій, що точаться в українській правничій науці стосовно розуміння змісту адміністративної процедури. Відсутність єдиної концепції адміністративної процедури в Україні пов'язана із триваючими суперечками щодо визначення співвідношення понять «адміністративна процедура» й «адміністративний процес». З'ясовано, що основні наукові розвідки та законодавчі ініціативи свідчать про тлумачення адміністративної процедури як нормативно встановленого порядку ухвалення суб'єктами публічного адміністрування індивідуальних актів, якими приватній особі надаються права або покладаються на неї обов'язки. Констатовано, що нині законодавство про адміністративну процедуру України становить систему нормативно-правових актів, що містять приписи про правила здійснення тих чи інших видів адміністративної процедури, а також про її принципи. Ухвалення загального закону про адміністративну процедуру дозволить поліпшити положення приватної особи у відносинах із публічною адміністрацією, закріпить її можливості вимагати від суб'єкта влади вчинення конкретних дій, ухвалення рішень, наведення мотивів вирішення справи. Такий законодавчий акт стане «основним законом публічної адміністрації», що дозволить її обмежувати та контролювати, а приватній особі забезпечить участь в адміністративній процедурі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Barnes J. Three generations of administrative procedures. *Comparative Administrative Law* / S. Rose-Ackerman et al. (Eds.). Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2017. P. 302–318.
2. Kovač P. Innovative administrative procedure Law: Mission impossible? *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy*. 2017–2018. № X (2). P. 93–117. DOI: <https://doi.org/10.1515/nispa-2017-0013>.
3. Адміністративна процедура : навчальний посібник / І. Бойко та ін. ; за заг. ред. І. Бойко. Харків : Право, 2019.
4. Бойко І. Адміністративна процедура: поняття, ознаки і види. *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : збірник наукових праць / редкол. : С. Серьогіна та ін. Харків : Право, 2017. Вип. 33. С. 113–122.
5. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 29. Ст. 367.
6. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22 липня 1998 р. *Офіційний вісник України*. 1999. № 21. Ст. 943.
7. Фролов Ю. Адміністративні процедури: зміст та особливості. *Форум права*. 2013. № 3. С. 692–698.
8. Кузьменко О. Теоретичні засади адміністративного процесу : монографія. Київ : Агтіка, 2005. 352 с.
9. Адміністративне право України : підручник / Т. Коломоєць та ін. ; за заг. ред. Т. Коломоєць. Київ : Істина, 2009. 420 с.
10. Миколенко О. Місце адміністративного процедурного права в системі юридичних знань та системі права України : автореф. дис... докт. юрид. наук. Запоріжжя, 2011. 40 с.
11. Бевзенко В. Деякі теоретичні міркування щодо адміністративних процесуальних і процедурних категорій у вітчизняній адміністративно-правовій та адміністративно-процесуальній науці. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2011. № 3. С. 56–62.
12. Басова Ю. Теоретико-правовий аналіз поняття «адміністративна процедура». *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2014. № 11. Т. 1. С. 121–123.
13. Буханевич О. Поняття та сутність процедури надання адміністративних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5. С. 126–131.
14. Губерська Н. Адміністративні процедури у сфері вищої освіти : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2016. 34 с.
15. Левченко О. Адміністративна процедура як правова форма надання адміністративних послуг: поняття, ознаки та співвідношення із суміжними

правовими поняттями. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 2(8). С. 106–111.

16. Адміністративне право України : навчальний посібник / В. Галуцько та ін. ; за ред. В. Галуцька. Херсон : Грінь Д.С., 2015. Т. 1 : Загальне адміністративне право. 272 с.

17. Бельский К. Феноменология административного права. Смоленск : Изд-во Смоленского гуманитарного ун-та, 1995, 144 с.

18. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1294-15>.

19. Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities : Council of Europe Committee of Ministers at 28.09.1977. URL: <https://rm.coe.int/16804dec56>.

20. Recommendation № R (80) 2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities : Council of Europe Committee of Ministers at 10.03.1980. URL: <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

21. Recommendation № R (87) 16 of the Committee of Ministers to member states on administrative procedures affecting a large number of persons : Council of Europe Committee of Ministers at 17.09.1987. URL: <https://rm.coe.int/16804eaa5c>.

22. Recommendation Rec (2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties : Council of Europe Committee of Ministers at 05.09.2001. URL: <https://rm.coe.int/16805e2b59>.

23. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.

24. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів №№ 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр>.

25. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Гарнага проти України» від 16 серпня 2013 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 1. Ст. 30.

26. Дудаш Т. Практика Європейського суду з прав людини : навчально-практичний посібник. Київ : Алерта, 2013. 368 с.

27. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 19, ст. 144 Конституції України, ст. 25, ч. 14 ст. 46, ч.ч. 1, 10 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування) від 16 квітня 2009 р. *Офіційний вісник України*. 2009. № 32. Ст. 1084.

28. Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to member states on good administration on 20.06.2007. URL: <https://rm.coe.int/16807096b9>.

29. European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024 (INL)). *Official Journal of the European Union*. Vol. 58. 30 December 2015. P. 17–22.

Information about authors:

Boiko I. V.,

Candidate of Juridical Sciences,
Associate Professor of the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
77, Pushkinskaya str., Kharkiv, 61024, Ukraine

Soloviova O. M.,

Doctor of Law,
Associate Professor of the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
77, Pushkinskaya str., Kharkiv, 61024, Ukraine

ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ЕКСТРЕМІСТСЬКОЇ СПРЯМОВАНОСТІ, УЧИНЕНИХ ЧЛЕНАМИ МОЛОДІЖНИХ НЕФОРМАЛЬНИХ ГРУП (ОБ'ЄДНАНЬ)

Бояров В. І., Ларкін М. О.

ВСТУП

Останніми роками в усьому світі спостерігається значне зростання екстремістських проявів: від таких поширених форм кримінального екстремізму, які мають вигляд пропагування національної, расової, релігійної, соціальної ворожнечі та приниження людської гідності, до такого крайнього прояву, як тероризм. Останній, у свою чергу, став безпрецедентною загрозою світовій безпеці; боротьба із цим явищем є пріоритетним завданням Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) та серйозною перешкодою для багатьох держав, на шляху реалізації ліберальних реформ і становлення демократичного суспільства.

Серед інших країн Україна також постійно стикається із загрозою вчинення терористичних актів, збільшенням загальної кількості інших кримінально караних проявів екстремізму, зокрема групових (масові заворушення, вандалізм, терористичні акти, порушення прав людини й ін.). Особливе занепокоєння спричиняє причетність до цих злочинних посягань різного роду молодіжних неформальних груп (об'єднань), адже молодіжний екстремізм, без перебільшення, стає «ідейною хворобою» XXI ст. Г. Лебон писав: «Як річка, що вийшла з берегів і яку не може утримати жодна гребля, ідея продовжує свій спустошливий, величний і страшний потік»¹.

Тому актуальним як для практичних працівників правоохоронних органів, так і для вчених-криміналістів стає розроблення різних за рівнем узагальнення криміналістичних методик розслідування кримінально караних проявів екстремізму, зокрема тих, які вчиняються членами молодіжних неформальних угруповань. Водночас варто враховувати, що цей процес ускладнюється відсутністю в Україні законодавчого визначення екстремізму, екстремістської діяльності, екстремістського формування (організації) тощо.

¹ Лебон Г. Психология народов и масс. Пер с франц. Челябинск : Социум, 2010. С. 2.

1. Загальна характеристика злочинів екстремістської спрямованості

Традиційно екстремізм розглядають як крайнощі (у політиці, релігії, житті й ін.). Цей термін походить від латинського *extremus* – «прихильність до крайніх поглядів і радикальних заходів». Визначення екстремізму й екстремістської діяльності немає в чинному кримінальному законодавстві України, хоча навіть загальнодержавна стратегія національної безпеки передбачає серед інших загроз національній безпеці України, стабільності в суспільстві у внутрішньополітичній сфері «<...>можливість виникнення конфліктів у сфері міжетнічних і міжконфесійних відносин, радикалізації та проявів екстремізмів діяльності деяких об'єднань національних меншин та релігійних громад <...>»².

У січні 2014 р. чинний Кримінальний кодекс України доповнено ст. 110¹ «Екстремістська діяльність», але вже в лютому того ж року вказана стаття вилучен з Кодексу³.

У спрощеному вигляді екстремізм можна визначити як нетолерантні погляди, які мають характер, а також діяльність переважно насильницького характеру. У філософському сприйнятті екстремізм можна визначити як специфічну форму світогляду, систему координат, що форматує структуру і стан свідомості окремих соціальних груп.

Тому під сучасне розуміння екстремістських підпадають дії досить широкого спектра: від адміністративних правопорушень до кримінально караних діянь, зокрема й такого крайнього прояву екстремізму, яким є тероризм.

Шанхайська конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом і екстремізмом (від 15 червня 2001 р.) розглядає екстремізм як діяння, спрямоване на насильницьке захоплення влади або насильницьке утримання влади, а також на насильницьку зміну конституційного устрою держави або насильницьке посягання на громадську безпеку, зокрема організацію у вищезазначених цілях незаконних озброєних формувань або участь у них⁴.

Залежно від цільової спрямованості і суб'єктної діяльності екстремізм, на думку кримінологів, можна представити у трьох традиційних

² Про основи національної безпеки України : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 351.

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо припинення норм законів, схвалених 16 січня 2014 р. : Закон України № 732–VII від 28 січня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 17. Ст. 593.

⁴ Шанхайская конвенция от 15 июня 2001 г. «О борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом». *Собрание законодательства Российской Федерации*. 2003. № 41. Ст. 3947.

формах: політичний, національний і релігійний. Національний екстремізм розглядається як намагання політичних суб'єктів, громадських організацій і окремих громадян утверджувати всілякими засобами домінування інтересів нації або етносу, до яких вони належать, на шкоду міжнаціональній єдності, аж до порушення прав і свобод людини та громадянина за ознакою національної приналежності. Релігійний екстремізм інтерпретується як нетерпимість до інших конфесій або утвердження переваг представників однієї з конфесій⁵.

У науковій літературі згадується багато інших за назвою видів екстремізму: молодіжний, насильницький, ісламський, екологічний, регіональний та ін. – понад 20, а у Сполучених Штатах Америки (далі – США) традиційно виділяють фактично лише два виду екстремізму: лівий та правий (окремо – фашизм і радикалізм). Але, на нашу думку, найбільш типовими для назви цього явища є характеристики екстремізму як молодіжний і насильницький.

Саме для молоді як резерву маргінального середовища, яке, у свою чергу, є резервом поповнення молодіжних (неформальних) екстремістських об'єднань, для особи характерна невизначеність стану, поглядів на те, що відбувається в соціально дезорієнтованій частині суспільства тощо. У цьому середовищі має місце низький рівень самоповаги та наявні умови, які сприяють ігноруванню прав особи.

В умовах відсутності в чинному кримінальному законодавстві України визначення екстремізму як кримінально карані прояви екстремізму розглядають три великі групи кримінальних правопорушень: (1) кримінально карані діяння, які посягають на основи та безпеку політичного устрою (ст.ст. 109, 110, 111, 113 Кримінального кодексу (далі – КК) України); (2) злочини терористичного характеру (ст.ст. 112, 258, 258¹, 258², 258³, 258⁴, 258⁵, 260, 261, 278, 442, 443, 444 КК України); (3) злочини екстремістської спрямованості, які вчиняються з мотивів ненависті або ворожнечі стосовно осіб, які належать до певної етнічної, расової, релігійної, політичної та іншої соціальної групи (п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, ст. 161 та ст. 300 КК України)⁶.

Злочини, зазначені в останній групі, – злочини на підґрунті ненависті та нетерпимості. Цей термін з'явився у 80-х рр. минулого

⁵ Лабунец М. Политический экстремизм: этнонациональная регионализация : автореф. дис. ... канд. политолог. наук: 23.00.02. Ростов-на-Дону, 2002. С. 9–10.

⁶ Бояров В. Криміналістична класифікація кримінально-караних проявів екстремізму. *Вісник Академії адвокатури України*. 2015. Т. 12. Ч. 2 (33). С. 211–212.

сторіччя, а вперше був офіційно вжитий в Організації з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) на засіданні Ради міністрів у 2003 р. (Маастріхт).

Ідеться зазвичай про злочин проти життя, здоров'я або приватної власності, об'єкт якого був обраний через дійсний або уявний зв'язок потерпілого із групою, що характеризується спільними ознаками ідентичності (існуюча або уявна раса; національне або етнічне походження; мова, колір шкіри, релігія, стать, вік, психічні або фізичні особливості, сексуальна орієнтація або будь-який інший аналогічний чинник)⁷.

Законодавча конструкція «з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» з'явилася в Україні, коли в листопаді 2009 р. до чинного КК України були внесені зміни та доповнення до деяких статей⁸. Зокрема, посилення на зазначений мотив з'явилися в ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, а також у ст. 161 та ст. 300 КК України (в останній зроблена вказівка на «твори, що пропагують расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію»). У ч. 2 ст. 115 КК України з'явився новостворений п. 14, де передбачається відповідальність за вчинення умисного вбивства з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості⁹ [9, с. 174]. Серед інших обставин, які обтяжують покарання, чинний КК України (п. 3 ч. 1 ст. 67) визнає вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату.

На практиці здебільшого йдеться про насильницькі злочини: групові порушення громадського порядку, які можуть перетворитися на масові заворушення; безпосередньо масові заворушення (які, як відомо з подій останніх років, у деяких країнах закінчувалися «кольоровими» революціями та зміною влади); злочини, що вчиняються зазвичай молодіжними неформальними угрупованнями з мотивів расової, національної чи релігійної ворожнечі, та деякі інші дії, учинення яких пов'язане зі створенням нестабільності життя для окремих громадян у країні та висуненням державі з боку окремих

⁷ Преступления на почве ненависти в регионе ОБСЕ: инциденты и меры реагирования. *Годовой отчет Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ*. URL: http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_ru.pdf.

⁸ Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості : Закон України від 5 листопада 2009 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 5. Ст. 43.

⁹ Савченко А. Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів. *Вісник Академії адвокатури України*. 2010. Ч. 1 (17). С. 174.

осіб і угруповань різного роду вимог, зокрема щодо змін у діяльності влади, політики уряду тощо.

Під злочинами екстремістського спрямування розуміються кримінально карані діяння, які вчиняються за мотивами політичної, ідеологічної, расової, національної або релігійної ненависті чи ворожнечі. Отже, мотив (як і ціль) є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони злочинів екстремістської спрямованості. За всього розмаїття мотивації вчинення злочинних дій основним мотивом виступає той, що є найбільш сильним. Деякі дослідники цього питання пропонують виділяти як спонукальні до конкретної поведінки особи мотиви трьох порядків: цільові, орієнтуючі та технічні¹⁰. Для такого різновиду проявів екстремізму, якими є злочини на ґрунті ненависті, цільовим мотивом буде виступати, наприклад, прагнення до витіснення суб'єктів – представників іншої національності, раси із соціальної реальності. Орієнтуючим мотивом водночас буде виступати «презумпція винуватості» осіб, що належать до конкретної групи, а технічний мотив буде конкретизувати мотиви попередніх рівнів уже в реальній ситуації¹¹. Саме тому, за наявності ідеологічної складової частини в діях таких осіб (ідеологічної настанови), вони фактично не приховують як сліди злочинних дій, так і їх мотивацію. Саме це, а не об'єкт кримінально-правової охорони, поєднує ці злочини в єдину групу¹².

До тенденцій розвитку кримінального екстремізму, які характерні для нашої країни, можна віднести: по-перше, формування стійких соціальних груп, які підтримують ідеологію екстремізму; по-друге, формування в суспільстві переконань про допустимість застосування насильства для вирішення різного роду конфліктів; по-третє, інституціоналізацію і легалізацію молодіжних (неформальних) екстремістських організацій, їхніх лідерів, проникнення таких організацій та їхніх членів у політичну еліту країни¹³.

¹⁰ Скляров С. Мотивы индивидуального преступного поведения и их уголовно-правовое значение. Москва, 2000. С. 67–68.

¹¹ Методика расследования преступлений, совершенных на почве национальной или расовой вражды или ненависти / А. Винников и др. ; под общ. ред. О. Коршуновой. Санкт-Петербург, 2002. С. 26.

¹² Кулешов Р. Преступления в сфере экстремистской и террористической деятельности: механизм совершения и концептуальные положения оптимизации методики их расследования : монография. Ростов-на-Дону : Альтаир, 2017. С. 39.

¹³ Бурковская В. Криминальный религиозный экстремизм: уголовно-правовые и криминологические основы противодействия : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. С. 12.

Усе це призводить не тільки до створення молодіжних неформальних об'єднань екстремістського спрямування (фан-групи, етнічні, націоналістичні й інші об'єднання молоді), але й створює в суспільстві обстановку активної підтримки дій молодіжних неформальних екстремістських формувань, послідовно створюючи умови для «масованої» протидії розслідуванню, ускладненої тим, що держава побоюється визнавати наявність у країні молодіжних екстремістських організацій, поширення екстремістської ідеології, навіть коли це є очевидним, а обстановка розслідування може бути ускладнена повною або частковою паралізацією влади.

2. Планування розслідування злочинів екстремістської спрямованості, учинених членами молодіжних неформальних груп (об'єднань)

Саме від якості планування початкового етапу розслідування злочинів, які вчиняються учасниками молодіжних неформальних груп (об'єднань), зокрема екстремістської спрямованості, багато в чому залежить, чи будуть викриті винні особи. Великого значення в цей період розслідування набуває правильна оцінка виявлених доказів. Помилка в цей момент уведе розслідування в неправильному напрямі та спричинить непоправні втрати часу¹⁴.

Тому під час планування розслідування зазначених злочинів необхідно враховувати таке:

1. Характерною особливістю злочинної діяльності неформальної молоді (зокрема, учасників формувань екстремістського спрямування) є те, що вона демонстративна, і члени груп фактично не роблять спроб її приховати, тобто для слідчої ситуації початкового етапу розслідування характерна очевидність, що дає можливість висунути версію про вчинення злочину членами молодіжної неформальної групи екстремістської спрямованості. Залежно від аналізу слідів, залишених на місці злочину, версія може бути уточнена в частині різновиду неформального об'єднання та його цілей. Варто враховувати, що «неформалами» можуть вчинятися злочини, які не пов'язані з «ідеологією» групи, об'єднання, а спрямовані на створення умов для її функціонування (наприклад, крадіжки, грабежі, торгівля наркотичними засобами й ін.), або злочини, які взагалі не пов'язані з існування неформального співтовариства (наприклад, злочини проти особи з мотивів особистої

¹⁴ Лобунец Е. Назначение и содержание этапов расследования преступлений : монография / под общ. ред. Н. Мерецкого. Москва : Юрлитинформ, 2015. С. 54.

неприятні й ін.). Аналізуючи конкретну слідчу ситуацію, важливо розпізнавати вказані види злочинів.

2. Досліджуючи матеріально-фіксовану сторону злочинів, які вчиняються неформальною молоддю, особливу увагу необхідно приділяти слідам, які вказують на те, що злочин скоєний угрупованням із певними поглядами, ідеями та переконаннями.

3. Під час здійснення перевірки версій, висунутих слідством, варто ретельно допитати осіб, які є безпосередніми свідками злочинних подій, що є предметом розслідування, оскільки їхні свідчення можуть допомогти встановити мотив вчинення того чи іншого злочину, ідентифікувати неформальну групу (екстремістське формування), виявити особливості спілкування та дій її членів.

4. Зважаючи на специфіку вказаних злочинів, може виникнути необхідність у проведенні не тільки традиційних для насильницьких злочинів судових експертиз, але й таких експертиз, як судово-психологічна, судово-лінгвістична, конфліктологічна експертиза ситуації в регіоні, завдяки яким можна отримати інформацію про мотивацію вчинення злочинних дій тощо.

У плануванні треба враховувати також те, що початковий етап розслідування часто проходить в умовах повної або часткової паралізації досудового слідства (зокрема, правоохоронних органів і суду), а це спричиняє неможливість проведення першочергових і невідкладних слідчих (розшукових) дій; підвищується ризик втрати речових доказів та ін.; а те, що багато пересічних громадян країни поділяють ідеологію, обрану молодіжним екстремістським формуванням, або в яких сформоване уявлення про «обличчя ворога» (певні екстремістські дії частиною населення розглядаються як справедливі), яке поділяється й учасниками екстремістського формування, позбавляє слідство свідків і потерпілих, які б виступали на боці обвинувачення.

3. Тактика проведення окремих слідчих (розшукових) дій під час розслідування злочинів екстремістської спрямованості, учинених членами молодіжних неформальних груп (об'єднань)

Метою огляду *місця події* в зазначених кримінальних провадженнях є: виявлення слідів правопорушення та речових доказів; з'ясування обставин події, яка є предметом розслідування; інших обставин, які мають значення для провадження (дані про осіб – очевидців, учасників і організаторів події, про потерпілих, а також висунення версій про подію, яка є предметом розслідування).

Негативною обставиною, якою характеризується такий огляд, є те, що в зазначених провадженнях інколи немає можливості невідкладно провести цю слідчу (розшукову) дію. Часто це пов'язане із продовженням групових злочинних дій, коли немає гарантій безпеки для учасників огляду; є багато об'єктів огляду і немає достатньої кількості слідчих, оперативних працівників та спеціалістів для проведення негайного огляду. Так, за статистикою (Радянський Союз – Україна, 1988–2002 рр.), у день учинення, наприклад, масових заворушень огляд місця події проводився лише за кожною восьмою справою; у майже 60% справ огляд проводився через день-два, а у 30% справ – узагалі не проводився¹⁵. Несвоєчасне проведення огляду призводить до таких негативних наслідків, як внесення змін до обстановки місця події, крадіжок майна потерпілих у місцях, які були об'єктом нападу; втрати речових доказів тощо.

Є кілька найбільш типових місць, які підлягають першочерговому огляду в таких провадженнях: місце збору групи, ділянки місцевості за маршрутом її руху до місця вчинення злочинів, місця вчинення злочинів (місце, де група могла бути розсіяна співробітниками правоохоронних органів (із застосуванням спеціальних засобів), також).

У підготовчій стадії огляду як важливий її елемент виділяють загальний огляд місця події, який передбачає такі організаційно-підготовчі заходи: встановлення меж місця події, у процесі якого виявляється характер учинених дій; з урахуванням характеру місцевості й інших чинників визначається порядок просторового охоплення місця події та пересування учасників огляду; вирішується питання про організацію роботи учасників огляду, розподіл їхніх обов'язків; проведення заходів, спрямованих на збереження слідів на місці події; вирішення питання про застосування технічних засобів, які доцільно використовувати на місці події¹⁶.

Якщо йдеться про злочини, які охоплюють велику територію, під час загального огляду використовують гелікоптер або безпілотний летальний апарат (далі – БПЛА), що, за допомогою застосування відеозапису, аерофотознімання надає можливість для

¹⁵ Шаталов А. Техничко-криміналістическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений, совершенных в условиях массовых беспорядков : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1993. С. 42 ; Шалдирван П. Методика розслідування масових заворушень : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2005. С. 104.

¹⁶ Степанов В. Современные проблемы осмотра места происшествия. *Влияние идей И.Н. Якимова на развитие современной криминалистики* : сборник материалов Международной научно-практической конференции. Москва, 2014. С. 90–91.

отримання інформації про наслідки групових злочинних дій у населеному пункті або регіоні. У результаті такого огляду (обльоту) створюється схема місць подій, які потребують детального огляду (зокрема, залишені автомашини, трупи, місця пожеж тощо).

Демонстрація підготовленого таким чином відеозапису дає учасникам наступних оглядів необхідне уявлення щодо місць, які будуть об'єктами огляду.

Підготовчі дії, які передують огляду за кримінальними провадженнями цієї категорії, пов'язані з вирішенням питання щодо кола осіб, які братимуть участь в огляді, як-от: судово-медичний експерт, експерт-криміналіст¹⁷, спеціаліст пожежного нагляду, вибухотехнік та ін. Це також можуть бути власники об'єктів, які зазнали пошкоджень, погромів, знищення майна.

Крім того, слідчий повинен безпосередньо контактувати зі спеціалістом, який вивчає формування і діяльність молодіжних неформальних груп (об'єднань, рухів тощо), для негайної фіксації специфічних слідів, залишених неформалами. Саме специфічні сліди дають підстави висунути версію, що злочин учинено представниками молодіжного неформального середовища, або навіть конкретизувати, яким саме.

До загальних рекомендацій з огляду місця події за такими кримінальними провадженнями належать: обов'язковий пошук і вилучення речей, які використовували під час учинення насильницьких дій як зброю для руйнування або пошкодження об'єктів нападу, травмування потерпілих, опору представникам влади: металеві прутки, біти (кїйки), фрагменти пошкоджених меблів (наприклад, ніжки від стільців або столів, які зручні для нанесення ударів), каміння, різноманітні металеві предмети, зокрема промислового виробництва і призначення (болти, гайки великих розмірів, трубки й ін.), оскільки на них можуть залишитися відбитки пальців рук підозрюваних, залишки скла, біологічні речовини й ін.; ємності або їх фрагменти із залишками запальної суміші тощо.

Звертається увага на наявність слідів крові на ґрунті, металевих снарядах, уламках скла (підлягають вилученню). Це можуть бути як наслідки дій осіб, які захищали своє майно, так і наслідки застосування зброї правоохоронними органами або наслідки отримання травм

¹⁷ Інструкція про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції та Експертної служби МВС України для участі в проведенні огляду місця події : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 1 лютого 2015 р. № 1339. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/z1392-15> (дата звернення: 15.02.2020).

учасниками групових злочинних дій через падіння скла вітрин, дій охорони та власників об'єкта нападу тощо.

Допит потерпілих. До особливостей, які ускладнюють процес розслідування кримінально караних проявів екстремізму неформальної молоді, можна віднести досить поширене небажання більшості потерпілих (переважно із числа осіб, які входять до «груп ризику») повідомляти про злочин, а отже, і продуктивно контактувати зі слідством із метою встановлення та викриття винних осіб.

Саме потерпілий у таких провадженнях є одним із головних джерел інформації, яке має значення для ефективного розслідування, оскільки така особа: повідомляє про злочин, є очевидцем злочинних дій, має на собі сліди, наприклад, насильницьких дій, і саме від неї, на початковому етапі розслідування, залежить не тільки внесення відповідних даних до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), але й встановлення всіх обставин злочину, винних осіб і мотивації їхніх дій.

У результаті, на початковому етапі розслідування таких справ може скластися така слідча ситуація: є повідомлення про насильницькі дії стосовно кількох осіб, внесені відповідні дані до ЄРДР, є інформація щодо мотивації нападу, але не відомі особи нападників та не відомі більша частина осіб, які є жертвами цього нападу.

Тому важливо не тільки оперативно встановити жертв злочинних дій, але й знайти з ними продуктивний контакт, що дозволить слідству (обвинуваченню) отримати всю необхідну для розслідування інформацію.

Для залучення до розслідування жертви злочину слідчий повинен надати їй гарантії безпеки в разі, якщо потерпілий буде співпрацювати з обвинуваченням, а отже, буде сприяти викриттю винних осіб.

У результаті проведення підготовчих заходів допит потерпілих може проходити в умовах безконфліктної ситуації, коли основним завданням слідчого буде підтримання безконфліктної ситуації, а основним тактичним прийомом буде виступати використання «вільної розповіді» потерпілого.

Питання, що підлягають встановленню під час допиту потерпілого, стосуються, по-перше, інформації щодо особи жертви, а по-друге, встановлення обставин вчинення злочину. Щодо особи жертви: про громадянство, вік, вид діяльності, володіння мовою країни перебування (якщо, наприклад, потерпілий є іноземцем), про належність до певної «групи ризику» (раса, національність, релігія (секта), молодіжна

контркультура (готи й ін.), сексуальна меншина, зайняття забороне-ною діяльністю й ін.). Встановлюються місця проживання, роботи, відпочинку, спілкування; інші місця постійного або тимчасового пере-бування, фіксовані маршрути пересування й ін.

Щодо обставин злочину: кількість осіб, які його вчинили; їхні при-кмети, озброєність (особливості одягу, наявність і зміст татуювання, символіка (наприклад, наявність шевронів) та ін.); наявність особи, яка (на думку потерпілого) керувала злочинними діями групи; расова, національна етнічна належність нападників і особливості їх спіл-кування один з одним (якою мовою розмовляли); які погрози (їхній зміст) висловлювалися стосовно потерпілого тощо¹⁸.

Важлива інформація щодо нападів або інших інцидентів, пов'яза-них з аналогічними злочинними діями, які мали місце раніше (про які правоохоронним органам нічого не було відомо, наприклад). Хто був жертвою попередніх нападів, де і коли це сталося, які тілесні ушко-дження спричинені, чи зверталися жертви до медичних закладів тощо.

Лише після проведення допиту слідчий, з урахуванням подальшої перспективи продуктивного співробітництва з потерпілим (чи буде він брати участь у судовому засіданні, чи залишить країну після дачі пока-зань), вирішує питання про доцільність пред'явлення підозрюваних для впізнання.

Допит свідків. Допит свідка є обов'язковою та найбільш поши-реною слідчою (розшуковою) дією під час розслідування злочинів. Основною метою допиту є одержання нової, раніше не відомої слід-ству, інформації щодо предмета доказування, а також підтвердження або спростування інформації, яку отримало слідство, але яка ще не перевірена, тому не може вважатися достовірною.

У кримінальних провадженнях про екстремістську діяльність можна виокремити такі типові групи свідків: (1) свідки, які є очевидцями події, що є предметом розслідування, зокрема свідки, які є й очевид-цями діяльності екстремістського формування (угруповання) та мають інформацію про її членів; (2) свідки, які опосередковано поінформо-вані (наприклад, через інших осіб) про подію, яка є предметом роз-слідування, або про діяльність екстремістського угруповання, або про потерпілих; (3) свідки, які поінформовані про обставини затримання учасників подій або про готування до вчинення злочину; (4) свідки, які

¹⁸ Капица В. Расследование преступлений против жизни и здоровья, совершенных по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2009. С. 19–20.

раніше входили до складу екстремістської організації (угруповання), але в подальшому добровільно залишили її склад (наприклад, не погоджуючись з ідеологією, яка поєднує членів організації).

Основним завданням слідчого стосовно очевидців є отримання інформації про вчинений злочин: хто (кількість учасників, прикмети), коли, які саме злочинні дії та за якою мотивацією; яку зброю застосовували, про дії жертв, про приховування слідів; про дії представників правоохоронних органів та ін.

Стосовно свідків, які опосередковано поінформовані про подію, основним завданням слідчого є отримання інформації про очевидців, про потерпілих (жертв), інформацію щодо молодіжного неформального екстремістського угруповання (склад, лідери, місця дислокації, відомі злочинні дії тощо).

Украй важливе отримання показань від осіб, які раніше входили до складу екстремістської організації. Під час їх допиту встановлюються обставини створення такої специфічної групи (об'єднання), яким є екстремістське формування, й обставини, за яких свідок був залучений до діяльності групи; як проходив перехід від аполітичної діяльності формування до сприйняття певної екстремістської ідеології, інші трансформації; про джерела фінансування; про структуру і керівників (ідеологів), активних учасників (членів) угруповання; про вчинення конкретних акцій та ін.

Треба зазначити, що допит свідків-очевидців, який негайно проводиться після події (по гарячих слідах), практично не викликає якихось ускладнень, фактично є безконфліктним. Важливим є додатковий допит, пов'язаний, наприклад, із необхідністю пред'явлення для впізнання або проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжності в їхніх показаннях тощо.

Нестабільність пов'язана з тим, що в сучасних умовах, коли існує феномен посткримінального впливу, держава не може створити безпечні умови свідкам, які дають показання, що викривають винних. Отже, коли свідок дає саме такі свідчення, це ставить його, а також його близьких, у скрутне становище – під загрозою опиняється їхнє життя, здоров'я, майно (особливо коли він викриває учасників екстремістських або організованих злочинних угруповань). Саме в таких ситуаціях слідчий проводить тактичну операцію «Захист свідків».

Допит підозрюваного. Допит підозрюваних у зазначеній категорії проваджень завжди проходить в умовах тактичного ризику.

Складність і специфіка допиту підозрюваних, які входять до складу екстремістського неформального співтовариства (організації, угруповання), пов'язані з попередніми домовленостями таких осіб дотримуватися конкретної лінії поведінки на слідстві, проходження ритуалу присяги про нерозголошення інформації про діяльність організації тощо. Для зазначених осіб характерна наявність специфічної мотивації дій, зазвичай не корисливої, а на ґрунті ненависті, – учасники таких об'єднань (угруповань) частіше за все поєднані на основі певної ідеології (фашизм, націоналізм, антисемітизм та ін.).

Допиту підозрюваного передують інші слідчі (розшукові) і процесуальні дії. Зокрема, затримання за підозрою у вчиненні злочину, освідування, допит потерпілих і свідків; інформація, отримана в результаті проведення оперативно-розшукових заходів, або інформація, яка накопичена у відповідних базах даних, щодо екстремістських, терористичних організацій, організованих злочинних угруповань. Усе це сприяє підготовці до допиту підозрюваного, яка для зазначеної категорії проваджень включає: вивчення особи підозрюваного; знання особливостей поведінки осіб, які вчиняють такі злочини, розуміння субкультури злочинних угруповань екстремістської спрямованості.

Інформацію про підозрюваного можна також отримати на основі аналізу інформації про осіб, для яких ключові канали споживання інформації – Інтернет, соціальні мережі, відеосервіси, які брали участь в обговоренні в Мережі актуальних питань сьогодення і висловлювали, наприклад, підтримку якоїсь ідеологічної настанови, носієм якої є «лідер думок», що на своєму сайті поєднує однодумців.

Традиційно це допит у конфліктній ситуації. Ефективним тактичним прийомом є використання показань співучасників, інформації, отриманої під час обшуків, допитів свідків і потерпілих, даних з Інтернету, камер відеоспостереження й ін.

Під час допиту підозрюваних у вчиненні злочинів, які є проявом екстремістської діяльності, у безконфліктних ситуаціях (або в разі подолання такої ситуації та налагодженні психологічного контакту) потрібно встановлювати такі (крім анкетних даних) обставини: про характер, спрямованість особистості, особливості виховання особи в родині, школі (для встановлення джерел формування особистості); ставлення підозрюваного до оточення, зокрема за національною ознакою, расовими ознаками й ін.; чи не є він прибічником учень про поділ націй і рас на вищі, обрані та неповноцінні; яку літературу читає; наявність хобі, рівень матеріальної забезпеченості (джерела

і розмір офіційних доходів); чи брав участь раніше в конфліктах на ґрунті ненависті або ворожнечі (чи не притягувався до кримінальної або адміністративної відповідальності); чи не є він членом якоїсь організації, угруповання, яке об'єднує своїх учасників на основі сприйняття спільної ідеології; як вступив до організації, її структура, лідери, джерела фінансування, акції, які проводить організація, обставини їх проведення й участь у них тощо.

Не рекомендується під час допиту осіб, які входять до складу молодіжної неформальної екстремістської організації, яка має ідеологічний складник, переводити допит у русло заперечення догм, які покладені в основу такої ідеології (аналогічна ситуація виникає у справах про діяльність деструктивних сект, тоталітарних культів, де спір про віру часто призводить до відмови особи від дачі показань і не сприяє створенню відповідного контакту між слідчим і допитуваним).

Використання спеціальних знань. У процесі розслідування зазначеної категорії кримінальних проваджень слідчий не може нехтувати двома формами спеціальних знань, а саме: 1) залученням спеціалістів до проведення слідчих (розшукових) дій; 2) призначенням судових експертиз. Ідеться про спеціальні знання в галузі судової медицини, лінгвістики, історії, релігії, політології, етнології, психології, психіатрії, авторознавства й ін.

Найбільш поширене використання спеціальних знань шляхом залучення спеціалістів для проведення огляду місця події. Під час проведення інших слідчих (розшукових) дій залучаються психологи (проведення допиту, наприклад, неповнолітніх підозрюваних, свідків або потерпілих), релігієзнавці (огляд літератури; дослідження текстів, вилучених під час обшуків) та ін.

Під час розслідування екстремістських проявів неформальної молоді слідчий може скористатися допомогою спеціалістів у проведенні огляду місця події (судово-медичний експерт; експерт-криміналіст; спеціаліст із вибухознавства; спеціаліст-біолог; фахівець, який вивчає формування і діяльність молодіжних неформальних утворень тощо), допиту підозрюваного, свідків, потерпілих (спеціаліст-психолог; спеціаліст, який вивчає формування та діяльність молодіжних неформальних утворень тощо), обшуку (судово-медичний експерт; експерт-криміналіст; спеціаліст-біолог; спеціаліст-товарознавець; спеціаліст із комп'ютерної техніки; спеціаліст, який вивчає формування і діяльність молодіжних неформальних утворень тощо).

Експертизи ж у кримінальних провадженнях, у вчиненні яких підозрюються члени молодіжних неформальних груп (об'єднань), за загальним правилом, можна розділити на дві групи: загальні (типові) та спеціальні. До першої групи варто віднести науково-експертні дослідження, які притаманні розслідуванню злочинів, у яких завдано шкоди життю та здоров'ю особи: судово-медичні, судово-психіатричні, судово-біологічні, окремі криміналістичні (трасологічна, балістична, дактилоскопічна, почеркознавча) та деякі інші експертизи. До другої групи, на нашу думку, варто віднести судово-лінгвістичні, судово-психологічні, психолінгвістичні, авторознавчі, технічні, експертизи матеріалів відеоспостереження й інші експертизи.

Інші слідчі (розшукові) та процесуальні дії. Процес розслідування зазначеної категорії кримінальних проваджень повинен проходити в умовах постійної і продуктивної співпраці з підрозділами, які є суб'єктами Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» і які на підставі доручення слідчого, прокурора проводять оперативно-розшукові заходи, спрямовані на встановлення та викриття винних осіб, очевидців, потерпілих, документів і речових доказів.

Проводяться також обшуки, тимчасове вилучення документів, освідування й інші процесуальні дії.

ВИСНОВКИ

На основі вивчення емпіричного матеріалу, літературних джерел нами проаналізовані особливості розслідування злочинів екстремістської спрямованості, учинених членами молодіжних неформальних груп (об'єднань). Наголошується, що досить актуальним як для практичних працівників правоохоронних органів, так і для вчених-криміналістів стає розроблення різних за рівнем узагальнення криміналістичних методик розслідування кримінально караних проявів екстремізму, зокрема тих, які вчиняються членами молодіжних неформальних угруповань. Варто водночас урахувати, що цей процес ускладнюється відсутністю в Україні законодавчого визначення екстремізму, екстремістської діяльності, екстремістського формування (організації) тощо.

Від якості планування початкового етапу розслідування злочинів, які вчиняються учасниками молодіжних неформальних груп (об'єднань), зокрема екстремістської спрямованості, багато в чому залежить, чи будуть викриті винні особи. Визначенні окремі питання планування розслідування в зазначеній категорії злочинних посягань.

Розглянуті проблемні питання огляду місця події. Метою огляду місця події в зазначених кримінальних провадженнях є: виявлення слідів правопорушення та речових доказів; з'ясування обставин події, яка є предметом розслідування; інших обставин, які мають значення для провадження (дані про осіб – очевидців і учасників, організаторів події, про потерпілих, а також висунення версій про подію, яка є предметом розслідування).

Встановлена специфіка допиту окремих учасників зазначених кримінальних проваджень (потерпілого, свідка). Підкреслюється, що у процесі розслідування екстремістських проявів неформальної молоді слідчий не може нехтувати двома формами спеціальних знань, а саме: 1) залученням спеціалістів до проведення слідчих (розшукових) дій; 2) призначенням судових експертиз.

Запропоновані відповідні рекомендації, які можуть використовуватися на практиці.

АНОТАЦІЯ

У статті наголошується, що в останні роки в усьому світі спостерігається значне зростання екстремістських проявів: від таких поширених форм кримінального екстремізму, які мають вигляд пропагування національної, расової, релігійної, соціальної ворожнечі та приниження людської гідності, до такого крайнього прояву, як тероризм. Тому досить актуальним як для практичних працівників правоохоронних органів, так і для вчених-криміналістів стає розроблення різних за рівнем узагальнення криміналістичних методик розслідування кримінально караних проявів екстремізму, зокрема тих, які вчиняються членами молодіжних неформальних угруповань. У зв'язку із цим проаналізована загальна характеристика злочинів екстремістської спрямованості. Визначенні особливості планування розслідування злочинів екстремістської спрямованості, учинених членами молодіжних неформальних груп (об'єднань). Розглянуті проблемні питання огляду місця події. Встановлена специфіка допиту окремих категорій учасників зазначених кримінальних проваджень. Підкреслюється, що у процесі розслідування екстремістських проявів неформальної молоді слідчий не може нехтувати двома формами спеціальних знань, а саме: 1) залученням спеціалістів до проведення слідчих (розшукових) дій; 2) призначенням судових експертиз.

ЛІТЕРАТУРА

1. Лебон Г. Психология народов и масс. Пер с франц. Челябинск : Социум, 2010. 379 с.
2. Про основи національної безпеки України : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 351.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо припинення норм законів, ухвалених 16 січня 2014 р. : Закон України № 732–VII від 28 січня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 17. Ст. 593.
4. Шанхайская конвенция от 15 июня 2001 г. «О борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом». *Собрание законодательства Российской Федерации*. 2003. № 41. Ст. 3947.
5. Лабунец М. Политический экстремизм: этнонациональная регионализация : автореф. дис. ... канд. политолог. наук: 23.00.02. Ростов-на-Дону, 2002. 22 с.
6. Бояров В. Криміналістична класифікація кримінально каранних проявів екстремізму. *Вісник Академії адвокатури України*. 2015. Т. 12. Ч. 2 (33). С. 210–216.
7. Преступления на почве ненависти в регионе ОБСЕ: инциденты и меры реагирования. *Годовой отчет Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ*. URL: http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_ru.pdf.
8. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості : Закон України від 5 листопада 2009 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 5. Ст. 43.
9. Савченко А. Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів. *Вісник Академії адвокатури України*. 2010. Ч. 1 (17). С. 174–177.
10. Сляров С. Мотивы индивидуального преступного поведения и их уголовно-правовое значение : монография. Москва : Изд-во РПА, 2000. 279 с.
11. Методика расследования преступлений, совершенных на почве национальной или расовой вражды или ненависти / А. Винников и др. ; под общ. ред. О. Коршуновой. Санкт-Петербург, 2002. 92 с.
12. Кулешов Р. Преступления в сфере экстремистской и террористической деятельности: механизм совершения и концептуальные положения оптимизации методики их расследования : монография. Ростов-на-Дону : Альтаир, 2017. 159 с.
13. Бурковская В. Криминальный религиозный экстремизм: уголовно-правовые и криминологические основы противодействия : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. 56 с.

14. Лобунец Е. Назначение и содержание этапов расследования преступлений : монография / под общ. ред. Н. Мерецкого. Москва : Юрлитинформ, 2015. 160 с.

15. Шаталов А. Технично-криміналістическе забезпечення раскрытия и расследования преступлений, совершенных в условиях массовых беспорядков : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1993. 176 с.

16. Шалдирван П. Методика розслідування масових заворушень : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2005. 201 с.

17. Степанов В. Современные проблемы осмотра места происшествия. *Влияние идей И.Н. Якимова на развитие современной криминалистики* : сборник материалов Международной научно-практической конференции. Москва, 2014. С. 86–91.

18. Інструкція про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції та Експертної служби МВС України для участі в проведенні огляду місця події : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 1 лютого 2015 р. № 1339. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/z1392-15> (дата звернення: 15.03.2019).

19. Капица В. Расследование преступлений против жизни и здоровья, совершенных по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Краснодар, 2009. 25 с.

Information about authors:

Boiarov V. I.,

Ph. D.,

Professor of Department of Criminal Procedure and Forensics
Academy of Advocacy of Ukraine
27, Taras Shevchenko boulevard, Kyiv, 01032, Ukraine

Larkin M. O.,

Ph. D.,

Associate Professor of Department of Criminal Law and Justice
Zaporizhzhia National University
66, Zhukovsky str., Zaporizhzhia, 69600, Ukraine

ІНСТИТУТ ЗАРЕЄСТРОВАНОВОГО ПАРТНЕРСТВА ТА ФАКТИЧНІ ШЛЮБНІ ВІДНОСИНИ В УКРАЇНІ І КРАЇНАХ-ЧЛЕНАХ ЄС: ПОНЯТТЯ Й ОСОБЛИВОСТІ

Булеца С. Б., Ревуцька І. Е.

ВСТУП

Із посиленням євроінтеграційних процесів проблема визнання шлюбними або сімейними відносин, заснованих на різних, відмінних від шлюбу, підставах, набула особливої актуальності. Визначаючи три основні напрями, що вимагають особливої уваги з позиції гармонізації законодавства ЄС, К. Боле-Волкі вказує як на один з них на створення європейської моделі сімейного союзу не на підставі шлюбу (перші два – це питання, пов'язані з правом на розірвання шлюбу та надання утримання, а також блок питань, що стосуються батьківських обов'язків)¹.

Слід зазначити, що часто вибір підстав, на яких буде створено сім'ю, форми організації відносин пари залежить від національного законодавства. В одних випадках воно може бути «дискримінаційним» стосовно осіб, які перебувають у законному шлюбі, в інших випадках – навпаки. Так, шлюб може бути вигідним або невигідним з точки зору оподаткування, формально одинокі батьки можуть отримувати певні пільги тощо. Таким чином, інші галузі права, зокрема податкове, трудове, право соціального забезпечення, можуть завдавати впливу на вибір партнерами підстав створення сім'ї і, відповідно, її виду.

Незважаючи на визнаний консервативний характер правового регулювання сімейних відносин, особливо в частині, що стосується шлюбу, нині ми спостерігаємо процеси досить активної трансформації традиційної сім'ї і, відповідно, підходів до питання, що саме слід вважати підставами її створення. У юридичній літературі все частіше стають предметом обговорення різновиди так званої «альтернативної поведінки в шлюбно-сімейних відносинах», до яких зазвичай відносять повторні, відкриті та інші види шлюбів². Слід одразу зазначити, що не всі види такої альтернативної поведінки підлягають правовому регулюванню. Зокрема, відкритий або гостьовий шлюб є предметом

¹ Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. Volume 1, Issue 2 (December). P. 163.

² Кац М.Н. Формы современной украинской семьи: аксиологический аспект. *Вісник СесНТУ* : збірник наукових праць. 2012. Випуск 126. С. 55.

вивчення скоріше соціології або психології. З позиції юриспруденції частіше за все йдеться про проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без реєстрації шлюбу.

Мета дослідження – дати визначення зареєстрованого партнерства та фактичних шлюбних відносин, розкрити бачення авторів на можливість запровадження цих явищ на практиці, а також зробити порівняння з країнами-членами ЄС.

1. Інститут зареєстрованого партнерства як правова підстава створення сім'ї у країнах-членах ЄС та перспектива його запровадження в Україні

Інститут зареєстрованого партнерства є одним із поширених у країнах-членах ЄС правових інститутів, пов'язаних із сімейним правом. Він був запроваджений та закріплений на законодавчому рівні в окремих європейських країнах наприкінці минулого століття як відповідь на поширення в суспільстві сімейних відносин між чоловіками та жінками без офіційного укладення шлюбу, а також між особами однієї статі, які тоді в принципі не могли укласти шлюб або легалізувати свої стосунки будь-яким іншим способом. Слід зауважити, що стосовно останньої категорії інститут зареєстрованого партнерства дав змогу державам забезпечити компроміс між неготовністю суспільства до сприйняття одностатевих шлюбів та необхідністю забезпечити права осіб однієї статі, не пов'язаних спорідненням, які перебували у фактично сімейних відносинах.

Розглядаючи причини, що змусили уряди різних країн порушити питання про запровадження інституту зареєстрованого партнерства до регулювання відносин одностатевих пар, слід також звернути увагу на їх зв'язок із таким глобальним питанням ХХ століття, як права людини. Історичні події першої половини минулого століття змусили людство по-іншому подивитися на права людини. Особливо це стосувалося європейського континенту, населення якого найбільшою мірою постраждало внаслідок світових війн. Перелік прав людини поступово розширювався і нині у ньому виділяється група статевих прав, які входять до соматичних прав людини.

За визначенням Всесвітньої організації охорони здоров'я, статеві права полягають у можливості шукати, отримувати і передавати інформацію, що стосується статевих питань, статевої освіти; вибору партнера; можливості вирішувати питання про власну сексуальну активність; добровільності сексуальних контактів;

можливості укласти шлюб тощо. Слід зазначити, що більшість справ, порушених у Європейському суді з прав людини протягом останніх двадцяти років стосовно прав сексуальних меншин, вирішувалась на користь позивачів.

Таким чином, інститут зареєстрованого партнерства має розглядатися насамперед у контексті прав людини і не є суто сімейно-правовим інститутом. Водночас у цьому дослідженні його розгляд є доцільним і навіть необхідним, оскільки зареєстроване партнерство є однією з поширених у країнах-членах ЄС підстав створення сім'ї³.

У цьому контексті слід зазначити, що в юридичній літературі звертається увага на те, що поширення норм про права людини на регулювання сімейних відносин загалом притаманне сучасному європейському праву. Так, розглядаючи питання адаптації сімейного права України до стандартів європейського правового простору, О.А. Явор указує: «Однією з головних тенденцій нині західні вчені називають усе більше розгортання дії норм у галузі прав людини на регулювання відносин у сім'ї. Це великою мірою пов'язано із загальним зростанням значення стандартів у галузі прав людини та їх усвідомленням загалом у політиці й праві. Варто визнати: права людини посідають безпрецедентне місце в політичному і правовому дискурсі сьогодення. Концепція сім'ї та сімейного права не могла залишитися поза такими загальними тенденціями. Зміни у регулюванні сімейних відносин, які відбуваються на сучасному етапі розвитку, підкреслюють посилення загального принципу поваги до людини, до її потреб і бажань, поряд із повагою до таких груп, як «сім'я» або навіть «суспільство» загалом. Таким чином, можна говорити про загальноєвропейську тенденцію руху від «сім'ї» до «індивіда»⁴.

Другий момент, на якому слід зосередити увагу, полягає у тому, що хоча зареєстроване партнерство з позиції сімейного права слід розглядати саме як підставу створення сім'ї, проте його не можна прирівнювати до шлюбу або фактичних шлюбних відносин. Мета інституту зареєстрованого партнерства полягає насамперед у врегулюванні майнових та спадкових відносин його сторін, а також вирішенні проблем, що виникають у сфері податкових відносин та

³ Ревуцкая И.Э. Зарегистрированное партнерство как основание создания семьи в законодательстве стран-членов Европейского Союза. Журнал *"Legea si Viata"* Republica Moldova. 2017. № 9 (309). С. 103.

⁴ Явор О.А. Адаптація сімейного права України до стандартів європейського правового простору: значення для теорії юридичних фактів. *Науковий вісник Ужгородського нац. ун-ту. Серія «Право»*. 2015. Випуск 4, т. 1. С. 134.

пенсійного забезпечення. Хоча іноді в юридичній літературі зареєстроване партнерство називають проміжною формою відносин між шлюбом та фактичним спільним проживанням⁵. Водночас іноді цивільне партнерство вважається таким, що може порівнюватись, або навіть еквівалентним шлюбу. Так, наприклад, у юридичній літературі зазначалося: «1 жовтня 1989 року Данія стала першою країною в сучасній західноєвропейській цивілізації, яка легально визнала одностатеві шлюби, надавши їм офіційну назву «зареєстроване партнерство». Це смілива частина данського законодавства. Акт про зареєстровані партнерства являє собою значну віху в прогресі прав людини»⁶.

Слід також зазначити, що нині країни-члени ЄС фактично поділились на дві групи залежно від того, чи дозволяються в них одностатеві шлюби. Відповідно, у країнах, де дозволений одностатевий шлюб, визнаються і одностатеві партнерства, укладені в інших країнах. У країнах, де одностатевий шлюб не визнається, у разі його укладення за кордоном подружжю на території такої країни надаються такі самі права, які надаються зареєстрованим одностатевим партнерам⁷.

Нині можливість зареєстрованого партнерства для одностатевих пар передбачена законодавством багатьох країн-членів ЄС, серед яких – Австрія, Греція, Данія, Естонія, Італія, Кіпр, Німеччина, Угорщина, Хорватія, Чехія та ін. Інститут зареєстрованого партнерства ще не було запроваджено Болгарією, Латвією, Литвою, Польщею, Румунією та Словаччиною.

У країнах-членах ЄС відносини щодо зареєстрованого партнерства зазвичай регулюються спеціальним законодавством, особливо коли йдеться саме про одностатеві пари. Водночас окремі аспекти зареєстрованого партнерства можуть встановлюватись цивільним і сімейним законодавством. Зокрема, до зареєстрованого партнерства можуть застосовуватись деякі положення сімейного законодавства, що стосуються умов укладення шлюбу. Так, наприклад, за законодавством Данії (The Registered Partnership Act, 1999)⁸ до зареєстрованого

⁵ Дородонова Н.В. Современные тенденции развития форм совместного проживания (на примере Бельгии). *Вопросы российского и международного права*. 2011. № 2. С. 116. URL: <http://publishing-vak.ru/file/archive-law-2011-2/9-dorodonova.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

⁶ Martin J. English Polygamy Law and the Danish Registered Partnership Act: A Case for the Consistent Treatment of Foreign Polygamous Marriages and Danish Same-Sex Marriages in England. *Cornell International Law Journal*. 1994. Volume 27. Issue 2. P. 419.

⁷ Civil unions and registered partnerships. URL: http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm (дата звернення: 15.12.2019).

⁸ The Registered Partnership Act of Denmark (D/341- H- ML Act No. 372 of June 1, 1989). URL: http://www.inakost.sk/clanky_foto/file/Dansko.pdf (дата звернення: 15.12.2019).

партнерства застосовуються такі положення, встановлені шлюбним законодавством (The Formation and Dissolution Marriage Act⁹), як загальні положення щодо укладення шлюбу: шлюбний вік встановлюється у 18 років, а для його укладення до досягнення шлюбного віку необхідно отримати дозвіл канцелярії губернатора графства. Крім того, у разі укладення шлюбу особою віком до 18 років, яка раніше не перебувала у шлюбі, необхідна згода батьків на укладення нею шлюбу. Не допускається укладення шлюбу між родичами прямої лінії споріднення, братами та сестрами, усиновлювачем та усиновленим, між особами, з яких хоча б одна перебуває в іншому шлюбі або зареєстрованому партнерстві. Крім того, процедура реєстрації шлюбу передбачає присутність обох партнерів. До зареєстрованого партнерства, за деякими винятками, застосовуються і правові наслідки шлюбу. Слід відзначити, що останні зміни, що було внесено до національного сімейного законодавства Данії, набрали чинності 1 лютого 2017 року і передбачають, що шлюб або зареєстроване партнерство, укладені за межами Данії, не можуть бути визнані у разі:

- якщо хоча б один з партнерів на момент реєстрації шлюбу або зареєстрованого партнерства не досяг 18-річного віку;
- якщо один з партнерів був відсутній під час реєстрації.

Загалом зміни до законодавства було спрямовано на перешкодження спробам обходу положення національного законодавства щодо мінімального шлюбного віку¹⁰.

Для одностатевого партнерства можуть встановлюватись винятки із загальних положень про шлюб. Так, наприклад, в Угорщині можливість зареєстрованого партнерства для осіб однієї статі існує з 2009 року, коли набрав чинності Закон про зареєстровані партнерства, прийнятий у 2007 році. На відміну від шлюбу, укладення якого з дозволу батьків можливе особами, які досягли віку 16 років, зареєстроване партнерство можливе лише між повнолітніми особами. Що стосується майнових наслідків шлюбу, а також спадкових відносин, то наслідки зареєстрованого партнерства прирівнюються до наслідків шлюбу.

Аналіз законодавства деяких країн-членів ЄС дає можливість визначити спільні риси у правовому регулюванні зареєстрованого партнерства стосовно одностатевих пар.

⁹ Schanda B. A jog lehetőségei a család védelmére. URL: <http://ias.jak.ppk.hu/hir/ias/20122sz/09.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

¹⁰ Validity of marriage or registered partnership. URL: https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/work/Accompanying-family/Validity_marriage.htm (дата звернення: 15.12.2019).

Так, порівняно зі шлюбом зареєстроване партнерство може містити обмеження стосовно права обирати спільне ім'я, права усиновлювати дитину або звертатися до допоміжних репродуктивних технологій, презумпції батьківства. Можуть також встановлюватись обмеження стосовно можливості зареєстрованого партнерства залежно від місця постійного проживання або громадянства партнерів.

Наприклад, актом про зареєстроване партнерство Данії¹¹ як обов'язкова умова реєстрації партнерства двох осіб однієї статі висувається умова, щоб обидва або хоча б один із партнерів мав місце постійного проживання в Данії та був данчанином.

Законодавство Швеції, регулюючи зареєстроване партнерство саме для одностатевих пар, встановлює, що необхідно, щоб принаймні один із партнерів був громадянином Швеції або мав постійний вид на проживання у Швеції.

Такий вид партнерства, як довічне партнерство, до останнього часу містився у праві ФРН. Інститут довічного партнерства був запроваджений Законом про довічне партнерство від 16 лютого 2001 року і дав змогу юридично оформити сімейний союз, що створювався одностатевими парами, оскільки національне законодавство не допускало укладення одностатевих шлюбів. Водночас із набуттям 2 жовтня 2017 року чинності Закону про право на укладення шлюбу особами однієї статі (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*) Закон про довічне партнерство втратив чинність.

У цивільному законодавстві Франції питанням регулювання відносин зареєстрованого партнерства присвячено статті 515.1–515.7-1 Розділу XIII (*Titre XIII: Du pacte civil de solidarité et du concubinage*)¹² Пакту цивільної солідарності (*Du pacte civil de solidarité*).

Пакт цивільної солідарності визначається як договір, що укладається між двома фізичними особами різної або однієї статі для організації їх спільного життя (ст. 515-1 ЦК Франції). Перешкодами для укладення Пакту цивільної солідарності є наявність між особами прямої лінії споріднення або бокової лінії споріднення до третього ступеня включно; перебування хоча б однієї зі сторін у зареєстрованому шлюбі або іншому зареєстрованому партнерстві (ст. 515-2 ЦК Франції).

¹¹ The Registered Partnership Act of Denmark (D/341- H- ML Act No. 372 of June 1, 1989). URL: http://www.inakost.sk/clanky_foto/file/Dansko.pdf (дата звернення: 15.12.2019).

¹² Code civil des Français (Version consolidée au 27 juillet 2017). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000027431993&idSectionTA=LEGISCTA000006136117&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170727> (дата звернення: 15.12.2019).

Пакт цивільної солідарності укладається через декларацію реєстратору муніципалітету. Також можливо укласти Пакт цивільної солідарності в офісі нотаріуса, але він все одне підлягатиме реєстрації муніципалітетом. Пакт цивільної солідарності набуває чинності саме з моменту його реєстрації муніципалітетом, що свідчить про його публічний характер. За кордоном Пакт цивільної солідарності може бути укладений у дипломатичному представництві Франції (ст. 515-3 ЦК Франції).

Умови Пакту цивільної солідарності можуть бути змінені за згодою партнерів. Такі зміни також підлягають реєстрації (ст. 515-3 ЦК Франції).

Пакт цивільної солідарності регулює саме майнові відносини партнерів.

Так, ЦК Франції встановлює, що партнери, що уклали Пакт цивільної солідарності, зобов'язуються проживати разом та надавати один одному матеріальну допомогу та взаємну підтримку. Матеріальна допомога, що надається відповідно до Пакту цивільного партнерства, є пропорційною можливостям кожного з партнерів, якщо інше не передбачено договором між ними (ст. 515-4 ЦК Франції). Стаття 515-4 ЦК Франції також встановлює солідарну відповідальність партнерів перед третіми особами за боргами одного з них за умови, що вони виникли внаслідок задоволення повсякденних потреб партнерів. Винятком з цього правила є ситуації, коли витрати були явно надмірними або якщо їх було понесено без згоди іншого партнера у разі купівлі у розстрочку або позичками, коли вони є такими, що вочевидь перевищують повсякденні потреби.

Щодо особистого майна кожного з партнерів, то кожен з них зберігає повний контроль над таким майном. Водночас у разі, якщо він не може надати доказів, що право на майно виникло у нього до укладення Пакту цивільної солідарності, то таке майно буде вважатися таким, що належить обом партнерам спільно. Так само кожен з партнерів несе особисту відповідальність за боргами, які виникли до укладення Пакту зареєстрованого партнерства (ст. 515-5 ЦК Франції).

Загальновстановлений режим спільної власності майна, що набувається за час зареєстрованого партнерства, а також правовий режим майна, набутого до укладення пакту цивільної солідарності, може бути змінений договором сторін (ст. 515-5-1 ЦК Франції).

Стаття 515-7 ЦК Франції встановлює правила щодо припинення дії Пакту цивільної солідарності. Так, Пакт припиняє дію у разі смерті

одного з партнерів або укладення одним з них шлюбу. В обох випадках Пакт припиняє дію з дати, коли відповідний юридичний факт мав місце, а не з дати державної реєстрації.

Пакт цивільної солідарності також може бути розірваний шляхом спільної декларації партнерів або на підставі рішення одного з них. В обох випадках така дія потребує державної реєстрації і дія Пакту вважається припиненою з дати державної реєстрації.

Слід звернути увагу, що, незважаючи на те, що як інститут зареєстрованого партнерства запровадження Пакту цивільної солідарності було спрямовано насамперед на регулювання відносин одностатевих партнерів, близько 95% таких союзів були укладені саме гетеросексуальними партнерами¹³.

Національному законодавству Угорщини також відомі два види формалізованих сімейних відносин шлюбного характеру – шлюб та зареєстроване партнерство. До національного законодавства Угорщини поняття зареєстрованого партнерства було запроваджено законом 2009 року (далі – Закон Угорщини про зареєстроване партнерство)¹⁴, який набрав чинності в липні 2009 року. Якщо шлюб за законодавством Угорщини – це виключно союз чоловіка та жінки, то зареєстроване партнерство, навпаки, укладається між одностатевими партнерами.

Юридичні наслідки зареєстрованого партнерства в основному ідентичні шлюбним відносинам щодо статусу та майнових наслідків. У юридичній літературі вказується на те, що основний принцип у регулюванні зареєстрованого партнерства законодавством Угорщини полягає у тому, що, вирішуючи питання, які не врегульовані Законом Угорщини про зареєстроване партнерство, мають застосовуватись норми законодавства стосовно шлюбу¹⁵.

Порушення матеріальних або процесуальних умов укладення зареєстрованого партнерства має такі саме наслідки, як і порушення таких вимог під час укладення шлюбу, відповідно, йдеться про неіснуюче зареєстроване партнерство, недійсне зареєстроване партнерство чи про ситуацію, коли офіційна помилка не впливає ані на його існування, ані на дійсність (відсутність двох свідків).

¹³ Дробинова І. Правове регулювання фактичних шлюбних відносин у Франції: досвід для України. *Юридичний вісник*. 2013. № 3. С. 137.

¹⁴ Törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról 2009. évi XXIX. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=a0900029.tv (дата звернення: 15.12.2019).

¹⁵ Szeibert O. National Report: Hungary. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

До основних відмінностей у процедурі та матеріальних умовах зареєстрованого партнерства від шлюбу належить, зокрема, те, що зареєстроване партнерство може бути встановлено лише перед реєстратором районного управління міської ради та представницького органу. Допустимий вік для створення зареєстрованого партнерства – вісімнадцять років. До того ж, на відміну від шлюбу, за жодних умов не допускається створення зареєстрованого партнерства неповнолітньою особою.

Не допускається створення зареєстрованого партнерства між близькими родичами. Особи, що створюють зареєстроване партнерство, мусять мати повну або часткову цивільну дієздатність. Недієздатність будь-якої сторони призводить до недійсності зареєстрованого партнерства. Недійсність зареєстрованого партнерства з цих причин регулюється такими ж положеннями, як і в шлюбі.

Так само, як і реєстрація шлюбу, реєстрація партнерства є публічним актом, що змінює сімейний стан осіб, саме тому у зв'язку з прийняттям Закону Угорщини про зареєстроване партнерство національне законодавство також зазнало змін. Так, зокрема, були внесені відповідні зміни до процедури запису актів громадянського стану.

Подібно до шлюбу зареєстроване партнерство може бути створене перед завідуючим органу, що реєструє акти цивільного стану. Майбутні партнери, як і майбутні подружжя, мають особисто заявляти про свої наміри. Ця заява має ту ж саму мету, що і процедура перед шлюбом, однак через відмінності в суті двох зв'язків, відмінності у концептуальних елементах та можливих юридичних наслідках наявні відмінності між процедурами.

Реєстратор має поінформувати сторони про правові перешкоди та необхідні передумови для створення зареєстрованого партнерства. Своєю чергою потенційні зареєстровані партнери мають зробити заяву перед завідуючим рацу про відсутність правових перешкод для створення ними зареєстрованого партнерства.

Зареєстровані партнерства мають вужчий діапазон юридичних наслідків, ніж шлюб. Так, на відміну від шлюбу, зареєстроване партнерство не є підставою виникнення права партнерів на спільне прізвище. Крім того, до зареєстрованого партнерства не можуть застосовуватися положення про відносини між батьками та дітьми. Зареєстроване партнерство, на відміну від шлюбу, не є підставою для виникнення презумпції батьківства. Так само до зареєстрованого партнерства не застосовуються положення законодавства щодо

допоміжних репродуктивних технологій. Неможливе також усиновлення зареєстрованими партнерами дитини.

Водночас норми, що регулюють майнові відносини, є цілком ідентичними тим, що регулюють майнові наслідки шлюбу, тобто правила загального домогосподарства, сімейного стану, подружнього майна і правила використання житла, так само, як це стосується подружжя.

Зареєстроване партнерство припиняється у разі смерті однієї зі сторін або оголошення її померлою. Серед правових наслідків припинення зареєстрованого партнерства можна зазначити зміну сімейного статусу партнерів та майнові наслідки.

Так, у разі смерті одного із зареєстрованих партнерів сімейний статус іншого змінюється із «зареєстрованого партнера» на сімейний статус «овдовілий зареєстрований партнер».

З точки зору права про правонаступництво овдовілий зареєстрований партнер перебуває в одному і тому ж правовому становищі, як законний спадкоємець.

Зареєстроване партнерство може бути розірване на вимогу однієї або за згодою обох сторін. Розірвання зареєстрованого партнерства можливе у двох варіантах. Перший варіант передбачає використання правил Цивільного кодексу, коли розірвання зареєстрованого партнерства відбувається на підставі договору між партнерами.

Розірвання зареєстрованого партнерства можливе також нотаріусом.

Припинення зареєстрованого партнерства нотаріусом може відбутися, якщо:

а) обидва з партнерів згодні на розірвання партнерства і роблять про це спільну заяву;

б) жоден із зареєстрованих партнерів не має дитини, щодо якої зареєстровані партнери несуть спільну відповідальність;

в) зареєстровані партнери погоджуються на використання спільного житла та, за винятком припинення спільної власності на нерухомість, у нотаріальному акті або приватному документі, контрастивному адвокатом, погоджуються у питанні про поділ спільного майна.

Припинення зареєстрованого партнерства в нотаріальному порядку неможливе, якщо будь-яка зі сторін визнана недієздатною, є обмежено дієздатною або порушено питання про визнання зареєстрованого партнерства недійсним або неукладеним.

Наслідком припинення зареєстрованого партнерства є зміна статусу: статус «зареєстрованого партнера» змінюється на статус «розведеного зареєстрованого партнера».

«Зареєстроване партнерство» слід розглядати як об'єднуюче поняття для різних видів такого партнерства, які відрізняються не лише назвою, а іноді мають і істотні відмінності. До перших з них може бути віднесена можливість укладання зареєстрованого партнерства лише одностатевими або як одностатевими, так і різностатевими парами.

Так, крім розглянутих нами вище, ще одним видом зареєстрованого партнерства є місцеве партнерство (local partnership). Цей вид партнерства передбачений законодавством Італії і визначається як союз між двома особами однієї або різної статі без виникнення взаємних прав та обов'язків, що реєструється місцевою владою. Такий вид партнерства може бути названий символічним, оскільки він лише символізує відносини між сторонами. Особливістю ж італійського права є те, що воно не визнає можливості реєстрації сімейних відносин, подібних до шлюбних, між особами однієї статі з причин правового, соціального та релігійного характеру¹⁶.

Різновидом зареєстрованого партнерства є також регіональне партнерство (regional partnership). Вказаний вид партнерства являє собою вид союзу, яким встановлено, що повнолітні особи однієї статі, не укладаючи шлюбу, можуть укласти договір про спільне життя, зареєструвати його і, як наслідок, створити сімейний союз у вигляді партнерства. Положення про регіональне партнерство міститься в законодавстві Іспанії¹⁷.

З огляду на вищенаведене, *зареєстроване партнерство* може бути визначене як *союз двох рівноправних та незалежних осіб різної або однієї статі, спрямований на створення сім'ї та укладений у встановленому законом порядку*.

Як зазначалося раніше, законодавче врегулювання відносин, що виникають внаслідок зареєстрованого партнерства, дало змогу також вирішити низку правових проблем, що виникають під час створення сімейного союзу особами однієї статі, оскільки у більшості країн наявна імперативна вказівка закону на те, що шлюбом є виключно союз чоловіка та жінки і через національні та релігійні особливостей він не може бути укладений між особами однієї статі.

¹⁶ Григор'єва А. Фактичні шлюбні відносини: особливості правового регулювання в Україні та інших державах. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. 2014. № 5. С. 83–89.

¹⁷ Григор'єва А. Фактичні шлюбні відносини: особливості правового регулювання в Україні та інших державах. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. 2014. № 5. С. 83–89.

Повертаючись до законодавства України, слід зазначити, що, враховуючи можливість створення сім'ї на підставі ч. 4 ст. 3 СК України, автоматично виникає можливість застосування до таких осіб положень СК України про можливість договірною регулювання сімейних відносин, передбачену ст. 7 СК України, яка встановлює, що сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (угодою) між їх учасниками.

Нині в Україні робляться перші кроки із запровадження інституту зареєстрованого партнерства. 25 серпня 2015 року Президентом України було підписано Указ «Про затвердження Національної стратегії у сфері права людини». Зазначена Стратегія спрямована на «об'єднання суспільства довкола розуміння цінності прав і свобод людини, які захищаються на основі принципу рівності та без дискримінації»¹⁸. Одним із стратегічних напрямів визначено попередження та протидію дискримінації. З метою забезпечення практичної реалізації положень зазначеної Стратегії 23 листопада 2015 року Кабінетом Міністрів України було затверджено «План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року», яким передбачено, серед іншого, до II кварталу 2017 року розробити та подати на розгляд Кабінету Міністрів України проект закону про легалізацію зареєстрованого цивільного партнерства для різностатевих і одностатевих пар з урахуванням майнових та немайнових прав та наслідування майна, утримання одного партнера іншим у разі непрацездатності, конституційного права не свідчити проти свого партнера¹⁹. Але станом на лютий 2020 року цілей, заданих вищеназваним планом, не було реалізовано. Що стосується термінології, то законодавець мав намір назвати такий вид співжиття саме зареєстрованим цивільним партнерством. Ми ж, своєю чергою, ґрунтуючись на європейській практиці, вважаємо за доцільне використовувати і на законодавчому рівні закріпити термін «зареєстроване партнерство».

Прийняття зазначеного Плану дій викликало широкий резонанс у засобах масової інформації (ЗМІ) в основному під гаслом, що в Україні планується легалізувати одностатеві шлюби. З точки

¹⁸ Указ Президента України від 25.08.2015 № 501/2015 «Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини». URL: <http://www.president.gov.ua/documents/5012015-19364> (дата звернення: 15.12.2019).

¹⁹ Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 № 1393-р. «Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року». URL: <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248740679> (дата звернення: 17.12.2019).

зору стратегії ЗМІ це зрозуміло, оскільки якщо написати просто про зареєстроване партнерство, то це викликає набагато меншу реакцію, ніж «одностатевий шлюб», обговорення питань, пов'язаних з яким, останніми роками набуває все більшої активності, адже питання сім'ї та шлюбу, на відміну від багатьох інших правових аспектів, стосуються життя практично кожної людини. З іншого боку, на жаль, в юридичній науковій літературі такої активності не спостерігається. Справді, тема не лише складна, а й певною мірою провокаційна, оскільки зачіпає не лише правові, а й морально-етичні питання, що зумовлює її сприйняття іноді з діаметрально протилежних позицій.

2. Фактичні шлюбні відносини як підстава створення сім'ї за законодавством України та країн-членів ЄС

Досліджуючи питання шлюбу та фактичних шлюбних відносин у Франції та Німеччині, К. Кёппен (Katja Köppen) звертає увагу на те, що протягом тривалого часу це було досить поширене явище, оскільки існувала значна кількість законодавчих перешкод для укладення шлюбу. Так, зокрема, у Німеччині лише у 1871 році було скасовано перешкоди для укладення шлюбу всіма групами населення, але лише у період 1950–60-х років, коли було скасовано, зокрема, економічні перешкоди для укладення шлюбу, саме шлюб починає переважати у підставах створення сім'ї. Зрозуміло, що така ситуація призводила до появи значної кількості незаконнонароджених дітей, хоча їх більшість визнавалася батьком. Але це не означає, що така ситуація заохочувалась державою. Скоріше, навпаки.

Існувало, але не заохочувалося співжиття і у Франції, де взагалі починаючи з XIX століття саме шлюб вважався привілейованою та єдиною юридично визнаною формою союзу між чоловіком та жінкою. Певний період ситуація була більш лібералізованою, а саме з 1789 до 1793 року, за часів Великої французької буржуазної революції, коли питання сім'ї та шлюбу розглядалися як виключно приватноправові. Проте з прийняттям у 1804 році Цивільного кодексу Франції (Кодексу Наполеону) запроваджується єдина визнана модель сім'ї – подружжя та його діти²⁰.

У юридичній літературі слушно вказується на те, що ставлення до співжиття у країнах романо-германської правової системи тривалий час не просто ігнорувалося, а було об'єктом досить негативного

²⁰ Köppen K. Marriage and cohabitation in Western Germany and France. Dissertation. Rostock, Universität Rostock. 2011.Pp. 53–54.

ставлення. Крім того, діти, народжені в такому співжитті, вважалися незаконнародженими, теоретично особи, що перебували у фактичних шлюбних відносинах, могли піддаватися кримінальному переслідуванню. Такий порядок проіснував, зокрема, в Італії до 1968, у Німеччині – до 1970, у Норвегії – до 1973 року²¹.

Якщо говорити про національний досвід, то ставлення до юридичного визнання фактичних шлюбних відносин постійно змінювалося. Так, говорячи про найбільш наближену до сучасності принципову зміну у правовому регулюванні цього питання, це була зміна від фактичного їх прирівнювання до зареєстрованого шлюбу (1926–1944 роки) до практично повного невизнання. Причому останній підхід по-різному оцінюється в юридичній літературі. Так, на думку Г.К. Матвеева, причиною відмови радянської держави у 1944 році від надання певного правового статусу фактичним шлюбним відносинам було те, що лише зареєстрований шлюб здатен створити найбільші гарантії захисту прав економічно залежної жінки, оскільки звільняв її від процедури доказування існування фактичних шлюбних відносин у суді²². Іншу позицію висловлює М.М. Выборнова, яка вважає, що скасування визнання фактичних шлюбів найменшою мірою відповідало інтересам жінок, оскільки ані держава, ані хто-небудь ще не міг заборонити вступати у фактичні шлюбні відносини, проте захист їм уже не надавався. Якщо раніше особи, що перебували у фактичних шлюбних відносинах, незважаючи на певні труднощі в доказуванні, все ж таки могли розраховувати на підтримку з боку закону, то їх було позбавлено цієї можливості. До того ж у край ускладнена процедура розірвання шлюбу призводила до зменшення кількості бажаних укладати офіційний шлюб²³. Дослідниця наводить цілу низку аргументів на користь необхідності законодавчого врегулювання фактичних шлюбних відносин, таких як: наявність правових традицій; значне поширення фактичних шлюбних відносин серед населення; необхідність захисту інтересів громадян, які, вступаючи в такі відносини, не замислюються над наслідками,

²¹ Выборнова М.М. Фактический брак мужчины и женщины в гражданском и семейном законодательстве и доктрине : дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2011. С. 16.

²² Матвеев Г.К. Советское семейное право : учебник. Москва : Юрид. лит., 1985. С. 57.

²³ Выборнова М.М. Фактический брак мужчины и женщины в гражданском и семейном законодательстве и доктрине : дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2011. С. 33.

та захист інтересів дітей; необхідність інтернаціоналізації правового регулювання в умовах, коли фактичні шлюбні відносини визнаються законодавством значної кількості країн²⁴.

Нині спостерігається тенденція кількості пар, що обирають фактичне співжиття. У сучасних дослідженнях це пояснюється з різних позицій: від зростання індивідуалізму та руйнування інституту традиційної сім'ї до простого бажання людей будувати сім'ю на менш формалізованих засадах²⁵.

Аналіз літератури дає можливість виокремити три основні причини створення особами сім'ї на підставі фактичних шлюбних відносин.

По-перше, це небажання вступати у формалізовані відносини (шлюб). Тут ми можемо говорити про фактичні шлюбні відносини як альтернативу шлюбу.

По-друге, це коли фактичні шлюбні відносини виступають проміжним етапом до укладання шлюбу. Це так звані «пробні шлюби».

Як перший, так і другий варіант – це наслідок вільного вибору осіб. Йдеться про них лише у разі, коли немає жодних законодавчих перешкод для укладання особами шлюбу.

Третій варіант виникає у разі принципової неможливості осіб укласти шлюб, зокрема в країнах, де не допускається укладання шлюбу між особами однієї статі. У такому разі йдеться скоріше про квазі-шлюбні відносини.

Незалежно від того, йдеться про різностатевих або одностатевих партнерів, шлюб у законодавстві України та законодавстві країн-членів ЄС вимагає надання йому певної форми, що розглядається як конститутивна ознака шлюбу. Іншим варіантом надання відносинам форми, визнаної законом, є зареєстроване партнерство. Саме відсутність конститутивної ознаки за наявності інших дає змогу виділити такий вид шлюбних відносин, як проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без реєстрації шлюбу. Причому кількість таких сімей є досить високою і її обирають, за даними статистичних досліджень, приблизно 10% усіх осіб репродуктивного віку²⁶.

²⁴ Выборнова М.М. Фактический брак мужчины и женщины в гражданском и семейном законодательстве и доктрине : дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2011. С. 40–41.

²⁵ Barlow A. Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005. P. 14.

²⁶ Кац М.Н. Формы современной украинской семьи: аксиологический аспект. *Вісник СевНТУ* : збірник наукових праць. 2012. Випуск 126. С. 55.

Слід одразу зазначити, що не лише на побутовому рівні, а навіть в юридичній літературі є певна плутанина стосовно термінології з цього питання. Так, сталим терміном для позначення такого виду відносин став термін «цивільний» або «громадянський» шлюб. Водночас слід зазначити, що він не відповідає сутності цих відносин, оскільки «цивільний» або «громадянський» шлюб історично використовується для позначення шлюбу, який було зареєстровано світською владою (залежно від національних правил з цього питання це може бути міський муніципалітет, мерія, державний орган рацс тощо). Тобто у більш загальному формулюванні йдеться про шлюб, правозгідність якого була підтверджена державою, на відміну від шлюбу, укладеного за церковним обрядом.

Історія виникнення терміна «цивільний» або «громадянський» шлюб пов'язана з публікацією 20 лютого 1919 року Декрету Раднаркому УСРР «Про громадянський шлюб і про ведення книг запису актів громадянського стану» від 17 лютого 1919 року. Декрет запроваджував громадянський шлюб як єдину форму шлюбу замість церковного шлюбу, який з цього моменту не мав правових наслідків. Водночас нововведення не одразу отримало сприйняття з боку суспільства. Ще досить тривалий час «громадянський» шлюб сприймався як щось незрозуміле, несправжнє. Поступово, коли світська форма шлюбу стає ustalеною, термін «громадянський» шлюб починають за звичкою використовувати для позначення сімейних відносин чоловіка і жінки, шлюб між якими не зареєстровано.

Ще один історичний термін, який досить часто застосовується для позначення фактичних шлюбних відносин, – це «конкубінат». Сам термін було запозичено з римського приватного права, у якому він позначав сімейні відносини чоловіка та жінки, які не могли укласти законний римський шлюб.

Оскільки нині законодавство пропонує доволі незручний для викладення термін «жінка та чоловік, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою», далі по тексту будуть використовуватись терміни «фактичне подружжя», «фактичний шлюб», «фактичні шлюбні відносини», що повністю відповідає суті зазначених відносин.

Слід зазначити, що у юридичній літературі немає єдиного підходу до розуміння фактичних шлюбних відносин. Іноді можна побачити підхід, за яким до «фактичних шлюбів» відносять, крім співжиття (cohabitation), такі види союзів, як прийняті в окремих країнах різні

види партнерства, зокрема зареєстроване партнерство²⁷. На нашу думку, з такою позицією погодитись не можна, оскільки зареєстроване партнерство є окремим правовим інститутом.

Аналіз національного законодавства України дає змогу впевнено стверджувати, що фактичні шлюбні відносини є підставою для створення сім'ї. У цьому разі будуть передбачені ч. 4 ст. 3 СК України «інші» підстави створення сім'ї, що «не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства». Крім того, такі відносини відповідають положенню ч. 2 ст. 3 СК України, відповідно до якого сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Таким чином, хоча чоловік та жінка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, не набувають статусу подружжя, вони перебувають у сімейних відносинах. Таку саме позицію висловлює і З.В. Ромовська, вказуючи, що фактичні шлюбні відносини зумовлюють не статус подружжя, а статус сім'ї²⁸. М.В. Антокольська виходячи з того, що фактичні шлюбні відносини набувають дедалі більшого поширення, наголошувала на хибності підходу, коли такі відносини не породжують жодних правових наслідків. «Фактичний шлюб, – наголошує вона, – не слід прирівнювати до зареєстрованого повністю, але за ним доцільно було б визнати деякі правові наслідки у сфері майнових відносин», зокрема за чоловіком, що проживає тривалий час у фактичних шлюбних відносинах, можна було б визнати право на аліменти, на спадкоємство згідно із законом, а також можна прямо дозволити фактичному подружжю укласти шлюбні угоди, у тому числі й з умовою про поширення на їхнє майно режиму спільної сумісної власності подружжя²⁹. Подібну позицію висловлює і М.М. Виборнова, яка вказує на те, що позиція ігнорування правом цього поширеного явища буде хибною. Дослідниця слушно вказує на те, що право має враховувати актуальні соціальні тенденції і відповідати ним: суспільство найчастіше сприймає таких співмешканців як пару, сім'ю, тоді як держава та право розглядають їх як

²⁷ Войнаровская О. Правовое регулирование фактических брачных отношений по законодательству зарубежных стран (на примере отдельных европейских стран). *Legea și viața : Publicație științifico-practică*. 2015. № 4/3. с. 12. URL: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2015/4-3/4.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

²⁸ Ромовська З.В. Україна творить європейське сімейне право. *Право України*. 2013. № 10. С. 14.

²⁹ Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. Москва : Юрист, 1995. С. 75.

незалежних, сторонніх одне одному осіб³⁰. На думку автора, фактичні шлюбні відносини мають визнаватися сімейно-правовим інститутом, оскільки для них характерні ознаки сімейних відносин (особисто-довірчий характер, тривалість існування, виникнення лише між фізичними особами, спільне проживання, ведення спільного господарства тощо)³¹. В.А. Ватрас також вказує на «наявність у жінки та чоловіка, що проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою та будь-якому іншому шлюбі (фактичні шлюбні відносини), сімейної правосуб'єктності»³².

Проте слід зазначити, що чимало юристів-науковців уперто не хотіли визнати сім'єю жінку та чоловіка, які спільно проживали не один рік, а навіть тридцять. Дещо поміркованою була позиція тих, хто допускав створення ними сім'ї, але лише у разі народження дитини³³. Європейський суд з прав людини, розглядаючи справу Кичана, зауважив, що відносини де-факто, як і відносини, що ґрунтуються на шлюбі, можуть вважатися сімейним життям. У справі «Джонсон проти Ірландії» було встановлено, що заявники прожили спільно понад 15 років. На цій підставі Європейський суд зробив висновок про те, що вони є сім'єю, а тому мають прав на захист, незважаючи на те, що їхній зв'язок існує поза шлюбом³⁴.

Слід зазначити, що, хоча фактичні шлюбні відносини є підставою створення сім'ї і у сфері майнових відносин фактичне подружжя має низку спільних положень в їх правовому регулюванні з правовим регулюванням таких відносин між чоловіком та жінкою, які перебувають у шлюбі, висновок про те, що ці дві категорії осіб зрівняно в їх правовому статусі є неправильним.

Так, на відміну від подружжя, яке вважається сім'єю, і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно, обов'язковою ознакою фактичних шлюбних відносин є спільне проживання.

³⁰ Выборнова М.М. Фактический брак мужчины и женщины в гражданском и семейном законодательстве и доктрине : дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2011. С. 3.

³¹ Там само, с. 6.

³² Ватрас В.А. Суб'єкти сімейних правовідносин : автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2008. С. 8.

³³ Ревуцька І.Е., Булеца С.Б. «Інші» підстави створення сім'ї. *Науковий вісник Херсонського держ. ун-ту*. 2016. Випуск 6. Т. 1. С. 119.

³⁴ Чешир Д. Международное частное право. Москва : Прогресс, 1982. 496 с., с. 11.

На фактичне подружжя не поширюються права та обов'язки, що виникають у разі реєстрації шлюбу, а також особисті немайнові права та обов'язки дружини та чоловіка. Так, зокрема, на фактичне подружжя не поширюється норма стосовно права на вибір прізвища у разі реєстрації шлюбу (ст. 35 СК України), відповідно до якої наречені мають право обрати прізвище одного з них як спільне прізвище подружжя або надалі іменуватися дошлюбними прізвищами. Наречена, наречений також мають право приєднати до свого прізвища прізвище нареченого, нареченої. Якщо вони обоє бажають мати подвійне прізвище, за їхньою згодою визначається, з якого саме прізвища воно буде починатися. Так само на них не поширюється норма ст. 53 СК України щодо зміни прізвища. У зв'язку з цим запропоноване в юридичній літературі визначення, що «фактичні шлюбні відносини» – це «особисті немайнові відносини, а також відносини щодо спільно набутого майна та взаємного утримання між жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, не перебувають у шлюбі між собою та в будь-якому іншому шлюбі»³⁵ навряд чи можна вважати повністю коректним з правової точки зору, адже особисті немайнові відносини фактичного подружжя не є нині предметом правового регулювання, хоча частина з них, безперечно, виникає між особами, що перебувають у таких відносинах.

Деякі з урегульованих законодавством аспектів щодо особистих немайнових відносин подружжя можуть бути з суто «зовнішньої» позиції «реалізовані» завдяки іншим правовим інститутам. Так, наприклад, проблему, пов'язану з неможливістю мати спільне прізвище, може бути вирішено за допомогою норми ст. 295 ЦК України, яка встановлює право фізичної особи, яка досягла шістнадцяти років, на власний розсуд змінити своє прізвище та (або) власне ім'я. Але слід мати на увазі, що в цьому разі прізвище буде не *спільним*, а просто *однаковим*.

Ще однією принциповою відмінністю є те, що у фактичних шлюбних відносинах не виникає презумпція батьківства, встановлена ч. 1 ст. 122 СК України, відповідно до якої дитина, яка зачата і (або) народжена у шлюбі, вважається такою, яка походить від подружжя. Питання визначення походження дитини, таким чином, у фактичних шлюбних відносинах має вирішуватись відповідно до ст. 125 СК України.

Майнові права фактичного подружжя регулюються національним законодавством досить докладно. Так, ст. 74 СК України встановлює

³⁵ Липець Л.В. Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором : автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 7.

режим спільної сумісної власності майна, набутого жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. Частина 2 зазначеної статті також поширює положення глави 8 СК України «Право спільної сумісної власності подружжя» на майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі.

Таким чином, ст. 74 СК України передбачає поширення режиму спільної сумісної власності на майно осіб, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, набуте ними за час спільного проживання. Слід зазначити, що у первісній редакції цієї статті йшлося про право на майно жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою. Законом України від 22.12.2006 року № 524-V «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» до зазначеної статті було внесено зміни, якими конкретизувалося, що режим спільної сумісної власності поширюється на майно осіб, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, набуте ними за час спільного проживання, лише за умови, що жодна з них не перебуває в будь-якому іншому шлюбі. Таким чином було усунуто можливість поширення режиму спільної сумісної власності на майно, набуте особою, яка перебуває у шлюбі, але фактично проживає однією сім'єю з іншою особою, на майно, набуте під час такого проживання. Можна зробити висновок, якщо одна з осіб, що не перебувають у шлюбі, але фактично проживають однією сім'єю, перебуває у зареєстрованому шлюбі, на майно, набуте під час такого проживання, буде поширюватись режим спільної часткової власності.

Водночас слід звернути увагу ще на такий момент, як положення ч. 4 ст. 368 ЦК України, що встановлює, що майно, набуте в результаті спільної праці та за спільні грошові кошти членів сім'ї, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором, укладеним у письмовій формі. Таким чином, принциповим тут може стати питання: наскільки спільне проживання жінки і чоловіка, коли одна зі сторін перебуває в зареєстрованому шлюбі, суперечить моральним засадам суспільства (оскільки законом це не заборонено) і чи можуть вони вважатися сім'єю і, відповідно, набувати статусу членів сім'ї, щоб на них могло бути поширено положення ч. 2 ст. 3 СК України. Тим паче, що існує норма ч. 6 ст. 57 СК України, відповідно до якої суд може визнати особистою приватною власністю дружини/чоловіка

майно, набуте нею/ним за час їхнього окремого проживання у зв'язку з фактичним припиненням шлюбних відносин. Таким чином, доведення факту фактичного припинення шлюбних відносин дає можливість «вивести» майно сторін із-під режиму спільної сумісної власності зареєстрованого подружжя. Подальше доведення проживання однією сім'єю з іншою особою, звичайно, не дасть змоги застосувати норму ст. 74 СК України, проте цілком імовірним є застосування норми ст. 368 ЦК України.

У юридичній літературі також висловлюється позиція, що у разі застосування ст. 74 СК України «необхідно довести, що чоловік та жінка проживають однією сім'єю і не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому зареєстрованому шлюбі»³⁶. У зв'язку з цим вказується на хибність позиції, коли нотаріуси «автоматично застосовують положення ст. 65 СК України до всіх осіб, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі. Виникає питання: чи не порушує нотаріус права і свободи громадян, визначені Конституцією України, з'ясовуючи факт перебування особи у фактичних шлюбних відносинах, під час посвідчення правочинів і оформлення цього факту заявою, зокрема, у частині заборони втручання в особисте та сімейне життя (ст. 32)?»³⁷.

В.А. Ваграс також указує на наявність у СК України істотних суперечностей щодо правової регламентації інституту фактичного подружжя, зокрема «у частині відсутності відповідних критеріїв для визнання таких відносин судом»³⁸.

Стаття 91 СК України встановлює право жінки, чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою, на утримання. На відміну від ст. 71 СК України, у цьому разі не йдеться про вимогу неперехування однієї зі сторін в іншому зареєстрованому шлюбі. Проте висувається інша вимога – проживання однією сім'єю тривалий час. Слід зазначити, що «тривалий час» є оціночним поняттям, а тому суди часто по-різному підходять до оцінки тривалості проживання. Так, наприклад, у рішенні Першотравенського міського суду Дніпропетровської області у справі № 186/1100/15-ц від 17 вересня 2015 року вказується, що тривалим слід вважати «термін не менше десяти років». Водночас Баглійським

³⁶ Дякович М.М., Сенік С.В. Правове регулювання «фактичних шлюбних відносин». *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 2. С. 41.

³⁷ Там само, с. 42.

³⁸ Ваграс В.А. Суб'єкти сімейних правовідносин: автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. С. 8.

районним судом м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області у рішенні у справі № 2-849/10 від 25 лютого 2010 року тривалим було визнано спільне проживання позивачки та відповідача протягом чотирьох років (з 2005 по 2009 рік).

Отже, фактичні шлюбні відносини є однією з підстав створення сім'ї. Такий підхід цілком відповідає Конституції України, яка передбачає право на особисту свободу, що дає підстави стверджувати, що кожна людина має право сама обирати форму створення сім'ї (перебування у зареєстрованому шлюбі або перебування у фактичних шлюбних відносинах). Саме п. 2 ст. 3 СК України закріплює це конституційне право чоловіка і жінки, а ст. 5 СК України гарантує, що «ніхто не може зазнавати втручання у його сімейне життя, крім випадків, установлених Конституцією». Таким чином, незалежно від підстав створення сім'ї, правовий статус її учасників поставлений в однакову правову площину³⁹.

Говорячи про правову природу фактичних шлюбних відносин, слід зазначити, що за законодавством України фактичні шлюбні відносини мають бути віднесені до юридичних станів, а сам вступ у фактичні шлюбні відносини є юридичним фактом, оскільки має за наслідок виникнення сімейних правовідносин. Водночас у країнах, де фактичні шлюбні відносини ігноруються законом, вони не будуть розглядатися як юридичний стан. У юридичній літературі також висловлюється позиція стосовно доцільності розглядати фактичний шлюб у разі визнання його державою як сімейно-правовий інститут особливого роду (*sui generis*)⁴⁰.

Оскільки законодавець закріпив принцип моногамії у шлюбних відносинах, перебування одного із сепарованого подружжя у фактичних шлюбних відносинах з іншою особою суперечить моральним засадам суспільства, тому такі відносини не можуть вважатися сімейними⁴¹.

Другий аспект, на який слід звернути увагу, – це відсутність жодних перешкод у врегулюванні відносин фактичного подружжя договором, причому така можливість не виключається не залежно від регулювання їх відносин СК України, оскільки ст. 9 «Регулювання сімейних

³⁹ Ревуцька І.Е. «Інші» підстави створення сім'ї. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. Р. 1. № 1. Р. 99.

⁴⁰ Выборнова М.М. Фактический брак мужчины и женщины в гражданском и семейном законодательстве и доктрине : дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Москва, 2011. С. 53.

⁴¹ Ревуцька І.Е., Булеца С.Б. «Інші» підстави створення сім'ї. *Науковий вісник Херсонського держ. ун-ту*. 2016. Випуск 6. Т. 1. С. 119.

відносин за домовленістю (договором) сторін» СК України встановлює можливість договірної регуляції сімейних відносин як для осіб, відносини між якими ним регулюються (ч. 1), так і для осіб, чий сімейні (родинні) відносини ним не регулюються (ч. 2). Єдина вимога – зміст цього договору не має суперечити вимогам СК України, інших законів України та моральним засадам суспільства. У юридичній літературі пропонується поняття «конкубіатного договору» як договору про спільне проживання фактичних жінки та чоловіка однією сім'єю без реєстрації шлюбу. Такий договір пропонується укладати в письмовій формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням і вважати його непоміченим договором, який є підставою виникнення сім'ї⁴². На нашу думку, врегулювання фактичних шлюбних відносин саме договором є найбільш правильною позицією.

Законодавство країн-членів ЄС ставиться до фактичних шлюбних відносин досить «стримано». Водночас як будь-яке фактично існуюче явище фактичні шлюбні відносини підлягають правовому регулюванню, яке здійснюється або окремими законами, або шляхом включення відповідних положень до цивільного законодавства.

Так, наприклад, окремим Законом про співжиття (Sambolag, 2003) регулюються відносини співмешканців у Швеції. Метою прийняття Закону про співжиття стало прагнення забезпечити мінімальний захист прав більш уразливого з партнерів у разі припинення співжиття⁴³. Закон регулює порядок поділу помешкання та спільного майна.

Трапляються варіанти, коли фактичні шлюбні відносини визнаються лише в окремих регіонах країни. Як приклад можна назвати Іспанію, де відносини співжиття не врегульовані на загальнонаціональному рівні, але окремі закони було прийнято, зокрема, у Каталонії, Валенсії, Наваррі тощо.

Положення Закону поширюються на відносини як одностатевих, так і різностатевих партнерів. Під співмешканцями § 1 Закону розуміє двох осіб, жоден з яких не перебуває у шлюбі або зареєстрованому партнерстві, які постійно проживають разом і ведуть спільне господарство. На відміну від відносин шлюбу або зареєстрованого партнерства, цей акт не регулює питання, пов'язані зі спадкуванням або зобов'язаннями. На співмешканців також не поширюються

⁴² Старчук О.В. До питання посвідчення нотаріусом конкубіатного договору. *Право і суспільство*. 2017. № 1. С. 81.

⁴³ Informal relationships: Sweden. National Legislation: Sweden. Commission on European Family Law. Country reports by subject. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-IR-Legislation.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

положення стосовно застосування допоміжних репродуктивних технологій⁴⁴.

ЦК Франції присвячує безпосередньо співжиттю (конкубінату) лише одну статтю. Так, ст. 515-8 ЦК Франції встановлює, що співжиття – це де-факто союз, що характеризується спільним життям з ознаками стабільності та безперервності, осіб різної або однієї статі, що проживають у парі. Водночас окремі положення, що стосуються співмешканців так само як подружжя або зареєстрованих партнерів, містяться також у Кодексі соціальної безпеки (Code de la sécurité sociale). Так, ст. L 434-8 містить норму стосовно права на пожиттєві виплати у разі загибелі співмешканця внаслідок аварії. Відповідно до ст. L434-9 це право втрачається у разі укладання шлюбу, зареєстрованого партнерства або вступу у нові відносини співжиття⁴⁵.

Німецьке цивільне законодавство фактично шлюбні відносини не визнає. Водночас Німецьке цивільне уложення⁴⁶ опосередковано регулює певні аспекти співжиття. Як приклад можна навести ст. 1600d стосовно встановлення батьківства (оскільки йдеться про презумпцію батьківства не стосовно саме чоловіка в шлюбі, а про того, хто в певний період мав зв'язок з матір'ю дитини).

Угорське законодавство визнає дві форми альтернативних сімейних відносин: зареєстроване партнерство та співжиття. Зареєстроване партнерство докладно розглядалося у цьому дослідженні. Співжиття регулюється угорським законодавством починаючи з 1959 року, але за ці роки відповідні норми зазнали істотної модифікації, хоча саме розуміння співжиття залишилося незмінним.

Хоча ззовні різниця між зареєстрованим партнерством та співжиттям не є очевидною, але відповідно до національного законодавства це принципово різні інститути. Тоді як зареєстроване партнерство змінює сімейний стан особи, тобто виступає підставою створення сім'ї, має багато спільних ознак зі шлюбом у вигляді однакових юридичних наслідків, то співжиття тягне права та обов'язки, подібні до тих, що

⁴⁴ Sambolag utfärdad den 12 juni 2003. URL: <http://www.notisum.se/rnp/sls/sfs/20030376.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

⁴⁵ Code de la sécurité sociale des Français (Version consolidée au 6 novembre 2017). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189> (дата звернення: 15.12.2019).

⁴⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2513) geändert worden ist). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

впливають зі шлюбу. Співжиття може існувати між партнерами як різної, так і однієї статі.

Висновок стосовно можливості співжиття між особами однієї статі був зроблений Конституційним судом Угорщини ще у 1995 році під час розгляду справи за заявою про визнання цього положення ЦК Угорщини таким, що суперечить Конституції. Проаналізувавши національне законодавство, Конституційний суд Угорщини дійшов висновку, що відносини співмешканців можуть бути прирівняні до відносин утримання, а тому вказівка на неможливість співжиття між особами однієї статі матиме ознаки дискримінації за статевою ознакою⁴⁷.

Правові норми стосовно співжиття містяться в двох книгах ЦК Угорщини. Так, загальні положення про співжиття містяться у Книзі шостій, що регулює зобов'язання, та в Книзі четвертій, що регулює сімейні відносини⁴⁸.

Так, ст. 6:514 встановлює, що співжиття означає, що дві особи проживають разом поза шлюбом в емоційній та фінансовій спільності і ведуть спільне господарство. Обов'язковою умовою, щоб таке проживання було визнано співжиттям у сенсі зазначеної статті, є неперебування жодної з цих осіб у шлюбі, партнерстві або співжитті з іншою особою за умови, що вони не є братами та сестрами. За цих умов співжиття вважається таким до тих пір, поки особи не укладуть шлюб або зареєстроване партнерство або їх відносини не припиняться⁴⁹. Таким чином, аналіз змісту зазначеної статті дає змогу зробити висновок, що співжиття має розглядатися як фактичні відносини, що характеризуються низкою ознак.

За відсутності хоча б однієї з цих ознак відносини не можуть розглядатися як співжиття у сенсі ст. 6:514 ЦК Угорщини⁵⁰. Як виняток тут слід назвати перебування когось зі співмешканців у шлюбі або зареєстрованому партнерстві. Така ситуація не виключає визнання факту співжиття, але лише за умови, що між співмешканцем та його чоловіком/дружиною або зареєстрованим партнером відсутні сімейні відносини. Наявність сімейних відносин і, таким чином, паралельне існування шлюбу (зареєстрованого партнерства) та співжиття виключає визнання останнього таким, що має правові наслідки.

⁴⁷ Szeibert O. National Report: Hungary. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

⁴⁸ Törvény a Polgári Törvénykönyvről 2013. évi V. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005 TV (дата звернення: 15.12.2019).

⁴⁹ Törvény a Polgári Törvénykönyvről 2013. évi V. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005 TV (дата звернення: 15.12.2019).

⁵⁰ Там само.

Визнаючи відносини співжиттям, судова практика часто додає ще такі додаткові критерії, як: очевидність відносин співмешканців для третіх осіб, стабільний та взаємний характер відносин. Головним критерієм визнання осіб співмешканцями виступає економічний критерій. Проте у разі вирішення конкретних справ суд має та оцінює всі ознаки в їх сукупності⁵¹.

Співмешканці можуть врегулювати свої відносини за допомогою письмового договору, який підлягає посвідченню адвокатом. До договору можуть бути включені будь-які положення, що регулюють майнові права співмешканців, у тому числі такі, що зазвичай встановлюються для подружжя законом або шлюбним договором. Щодо третіх осіб, то такий договір стосуватиметься їх у разі, якщо він був зареєстрований у відповідному національному реєстрі або якщо співмешканці зможуть довести, що третя особа знала або повинна була знати про існування такого договору та його зміст (ст. 6:514 ЦК Угорщини). У договорі також може бути визначений порядок користування житловим приміщенням, у тому числі і після припинення співжиття (ст. 6:517 ЦК Угорщини)⁵².

Як загальне правило встановлюється, що, якщо інше не передбачено договором між ними, співмешканці вважаються незалежними у набутті майна під час спільного проживання. Спори стосовно майна вирішуються в судовому порядку. Так само, як і щодо подружжя діє правило стосовно режиму особистої приватної власності майна, набутого до початку спільного проживання.

Стаття 6:515 ЦК Угорщини встановлює, що поділ спільно набутого майна відбувається відповідно до правил про спільну часткову власність. Якщо неможливо визначити внесок кожного з партнерів у набуття майна, він буде вважатися рівним за винятком випадків, коли це явно несправедливо стосовно одного зі співмешканців. Причому ведення домашнього господарства та виховання дітей вважаються діями, що сприяли набуттю майна⁵³.

Положення, що регулюють суто сімейні відносини, можуть бути застосовані до співмешканців лише у виключних випадках і стосуються надання утримання після припинення співжиття і користування

⁵¹ Szeibert O. National Report: Hungary. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

⁵² Törvény a Polgári Törvénykönyvről 2013. évi V. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005 TV (дата звернення: 15.12.2019).

⁵³ Там само.

спільним житлом після припинення співжиття. Так, для застосування цих норм співмешканці мають проживати разом мінімум протягом одного року та мати спільну дитину⁵⁴.

З вищезазначеного випливає важливе з практичної точки зору питання: як визначити початок та припинення відносин співжиття? Формально вважається, що відносини співжиття починаються, коли наявні всі ознаки, визначені ст. 6:514 ЦК Угорщини: спільне проживання, емоційний та фінансовий зв'язок та ведення спільного господарства. Закінчується воно, коли співмешканці укладають шлюб або зареєстроване партнерство або їх відносини припиняються. Логічно також стверджувати, що співжиття припиняється у разі смерті одного зі співмешканців або оголошення його померлим⁵⁵.

Як бачимо, не всі з цих ознак можуть бути встановлені беззаперечно. Саме тому національна система Угорщини передбачає можливість для співмешканців зафіксувати їхні відносини, подавши відповідну заяву до Реєстру заяв про співжиття, який перебуває у віданні Національної нотаріальної палати Угорщини. Подача такої заяви є добровільною і має декларативний характер, тобто не тягне правових наслідків, але з суто практичної точки зору наявність зареєстрованої заяви створює презумпцію існування співжиття, а тому така можливість істотно розширює можливості співмешканців у доказуванні існування факту співжиття та захисті своїх прав. Співмешканці або один з них можуть подати заяву про припинення співжиття. Так само така заява не є беззаперечним доказом припинення співжиття, але створює відповідну презумпцію⁵⁶.

Законодавство більшості країн-членів ЄС іде шляхом урегулювання відносин фактичного подружжя звичайним приватноправовим договором. На нашу думку, саме такий підхід є найбільш обґрунтованим. Мотиви, з яких особи не бажають укладати шлюб, можуть бути різними, але це не означає обов'язок держави «підлаштовуватись» під кожен з них. З іншого боку, слід враховувати, що сторони таких відносин обирають їх свідомо, іноді бажаючи таким чином уникнути їх правового регулювання.

Нині в Україні є інститут шлюбу та обговорюється питання про запровадження інституту зареєстрованого партнерства. Щодо

⁵⁴ Szeibert O. National Report: Hungary. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

⁵⁵ Törvény a Polgári Törvénykönyvről 2013. évi V. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005 TV (дата звернення: 15.12.2019).

⁵⁶ Szeibert O. National Report: Hungary. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

фактичних шлюбних відносин, то вони тому і є фактичними, що не регулюються державою і, відповідно, не мають створювати інших прав та обов'язків, ніж ті, що сторони визначили для себе у приватному порядку, що може бути зафіксовано в такому саме приватно-правовому договорі. Небажання сторін або однієї з них укласти такий договір свідчить скоріше про відсутність саме сімейних відносин, оскільки такі відносини передбачають певний рівень довіри та взаємної турботи і є скоріше приводом замислитись про доцільність їх продовження, ніж про доцільність спроб держави створити ілюзію наявності шлюбу для однієї зі сторін.

Водночас, як було показано вище, заслуговує на увагу запозичення угорського досвіду із запровадження можливості державної реєстрації договору фактичного подружжя (конкубіатного договору), що дає можливість, по-перше, встановити презумпцію існування фактичних шлюбних відносин, і по-друге, спростити визначення строків їх існування.

ВИСНОВКИ

Серед напрямів, що вимагають уваги у разі здійснення гармонізації країн-членів ЄС у сфері регулювання сімейних відносин, окреме місце посідає створення європейської моделі сімейного союзу на підставах, відмінних від шлюбу. Однією з найбільш поширених таких підстав у країнах-членах ЄС є зареєстроване партнерство.

Інститут зареєстрованого партнерства був запроваджений та закріплений на законодавчому рівні в окремих європейських країнах наприкінці минулого століття як відповідь на поширення в суспільстві сімейних відносин між чоловіками та жінками без офіційного укладення шлюбу, а також між особами однієї статі, які тоді в принципі не могли укласти шлюб або легалізувати свої стосунки у будь-який інший спосіб. Він не є суто сімейно-правовим інститутом і має розглядатися насамперед у контексті прав людини. Крім того, інститут зареєстрованого партнерства є особливим правовим інститутом і не має прирівнюватись до шлюбу або фактичних шлюбних відносин.

Звичайною практикою є регулювання відносин зареєстрованого партнерства окремим законодавчим актом. Крім того, окремі положення щодо зареєстрованого партнерства можуть встановлюватись цивільним і сімейним законодавством. Часто, за окремими винятками, що полягають у додаткових вимогах, для укладення зареєстрованого партнерства висуваються такі саме вимоги, як до укладення шлюбу.

Зареєстроване партнерство може бути визначене як союз двох рівноправних та незалежних осіб різної або однієї статі, спрямований на створення сім'ї та укладений у встановленому законом порядку.

Запровадження інституту зареєстрованого партнерства в Україні дасть змогу вирішити цілу низку питань, що виникають у зв'язку зі спільним проживанням осіб, які з якихось причин не можуть або не бажають укласти шлюб.

Що стосується фактичних шлюбних відносин, то вони є однією з поширених підстав створення сім'ї. У більшості європейських країн фактичні шлюбні відносини не є предметом правового регулювання і не несуть жодних правових наслідків. Законодавство України регулює відносини фактичного подружжя досить докладно. Практична реалізація деяких законодавчих положень стикається з труднощами, викликаними саме неформальним характером відносин, про які йдеться, неможливістю чіткого визначення часових рамок існування таких відносин, фіксації їх початку та припинення. Водночас із запровадженням у сімейному законодавстві України досить широких можливостей урегулювання відносин членів сім'ї з допомогою договору запроваджений у СК України підхід до регулювання фактичних шлюбних відносин видається сумнівним у своїй доцільності.

АНОТАЦІЯ

У дослідженні йдеться про такі інститути, як зареєстроване партнерство та фактичні шлюбні відносини. Авторами зроблено спробу дати визначення цим поняттям. Розкрито можливості практичної реалізації зареєстрованого партнерства та фактичних шлюбних відносин як однієї з підстав створення сім'ї. Під час написання цієї статті зроблено порівняльний аналіз їх застосування та закріплення у законодавстві країн-членів ЄС. І як результат автори дійшли висновку, що перебування у зареєстрованому шлюбі або перебування у фактичних шлюбних відносинах чи зареєстрованому партнерстві є підставами створення сім'ї, адже саме такий підхід цілком відповідає Конституції України, яка передбачає право на особисту свободу, що дає підстави стверджувати, що кожна людина має право сама обирати форму створення сім'ї, а ст. 5 СК України гарантує, що «ніхто не може зазнавати втручання у його сімейне життя, крім випадків, установлених Конституцією».

ЛІТЕРАТУРА

1. Barlow A. *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005. 170 p.

2. Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. Volume 1, Issue 2 (December). P. 160–168.

3. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2513) geändert worden ist). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

4. Civil unions and registered partnerships. URL: http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm (дата звернення: 15.12.2019).

5. Code civil des Français (Version consolidée au 27 juillet 2017). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000027431993&idSectionTA=LEGISCTA000006136117&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170727> (дата звернення: 15.12.2019).

6. Code de la sécurité sociale des Français (Version consolidée au 6 novembre 2017). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189> (дата звернення: 15.12.2019).

7. Informal relationships: Sweden. National Legislation: Sweden. Commission on European Family Law. Country reports by subject. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-IR-Legislation.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

8. Köppen K. *Marriage and cohabitation in Western Germany and France*. Dissertation. Rostock, Universität Rostock. 2011. 299 p.

9. Martin J. English Polygamy Law and the Danish Registered Partnership Act: A Case for the Consistent Treatment of Foreign Polygamous Marriages and Danish Same-Sex Marriages in England. *Cornell International Law Journal*. 1994. Volume 27. Issue 2. P. 419–446.

10. Sambolag utfärdad den 12 juni 2003. URL: <http://www.notisum.se/rnp/sls/sfs/20030376.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

11. Schanda B. A jog lehetőségei a család védelmére. URL: <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20122sz/09.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

12. Szeibert O. National Report: Hungary. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-IR.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

13. The Registered Partnership Act of Denmark (D/341- H- ML Act No. 372 of June 1, 1989). URL: http://www.inakost.sk/clanky_foto/file/Dansko.pdf (дата звернення: 15.12.2019).

14. Törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról 2009. évi XXIX. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=a0900029.tv (дата звернення: 15.12.2019).

15. Törvény a Polgári Törvénykönyvről 2013. évi V. URL: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005TV (дата звернення: 15.12.2019).

16. Validity of marriage or registered partnership. URL: https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/work/Accompanying-family/Validity_marriage.htm (дата звернення: 15.12.2019).

17. Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. Москва : Юрист, 1995. 120 с.

18. Ваграс В.А. Суб'єкти сімейних правовідносин : автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2008. 21 с.

19. Войнаровская О. Правовое регулирование фактических брачных отношений по законодательству зарубежных стран (на примере отдельных европейских стран). *Legea și viața : Publicație științifico-practică*. 2015. № 4/3. С. 12–15. URL: <http://www.legeasiviata.in.ua/archive/2015/4-3/4.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

20. Выборнова М.М. Фактический брак мужчины и женщины в гражданском и семейном законодательстве и доктрине : дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Москва, 2011. 218 с.

21. Григор'єва А. Фактичні шлюбні відносини : особливості правового регулювання в Україні та інших державах. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. 2014. № 5. С. 83–89.

22. Дородонова Н.В. Современные тенденции развития форм совместного проживания (на примере Бельгии). *Вопросы российского и международного права*. 2011. № 2. С. 114–122. URL: <http://publishing-vak.ru/file/archive-law-2011-2/9-dorodonova.pdf> (дата звернення: 15.12.2019).

23. Дробінова І. Правове регулювання фактичних шлюбних відносин у Франції: досвід для України. *Юридичний вісник*. 2013. № 3. С. 135–139.

24. Дякович М.М., Сенік С.В. Правове регулювання «фактичних шлюбних відносин». *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 2. С. 37–43.

25. Кац М.Н. Формы современной украинской семьи: аксиологический аспект. *Вісник СесНТУ* : збірник наукових праць. 2012. Випуск 126. С. 54–58.

26. Конституція України від 28.06.1996. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 15.12.2019).

27. Липець Л.В. Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором : автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.

28. Матвеев Г.К. Советское семейное право : учебник. Москва : Юрид. лит., 1985. 208 с.

29. Ревуцкая И.Э. Зарегистрированное партнерство как основание создания семьи в законодательстве стран-членов Европейского Союза. Журнал “*Legea si Viata*” *Respublica Moldova*. 2017. № 9 (309). С. 102–105.
30. Ревуцька І.Е. «Інші» підстави створення сім’ї. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. Р. 1. № 1. С. 97–100.
31. Ревуцька І.Е., Булеца С.Б. «Інші» підстави створення сім’ї. *Науковий вісник Херсонського держ. ун-ту*. 2016. Випуск 6. Т. 1. С. 118–120.
32. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 № 1393-р. «Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року». URL: <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248740679> (дата звернення: 17.12.2019).
33. Ромовська З.В. Україна творить європейське сімейне право. *Право України*. 2013. № 10. С. 9–29.
34. Старчук О.В. До питання посвідчення нотаріусом конкубінатного договору. *Право і суспільство*. 2017. № 1. С. 77–81
35. Указ Президента України від 25.08.2015 № 501/2015 «Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини». URL: <http://www.president.gov.ua/documents/5012015-19364> (дата звернення: 15.12.2019).
36. Чешир Д. Международное частное право. Москва: Прогресс, 1982. 496 с.
37. Явор О.А. Адаптація сімейного права України до стандартів європейського правового простору: значення для теорії юридичних фактів. *Науковий вісник Ужгородського нац. ун-ту. Серія «Право»*. 2015. Випуск 4, т. 1. С. 134–137.

Information about the authors:

Buletsa S. B.,

Dr. Sc. (Jur.), Professor,
Head of the Department of Civil Law and Procedure
of the Faculty of Law
SHEI “Uzhhorod National University”
Narodna Square, 3, Uzhhorod, Ukraine

Revutska I. E.,

Cand. Sc. (Jur.),
Associate Professor at the Department of Civil Law and Procedure
of the Faculty of Law
SHEI “Uzhhorod National University”
Narodna Square, 3, Uzhhorod, Ukraine

ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У СФЕРІ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Великорода О. М.

ВСТУП

Сьогодні в Україні відбувається активне реформування судової системи, спрямоване на забезпечення основних демократичних стандартів під час здійснення правосуддя. Варто підкреслити, що основне завдання законодавця у сфері врегулювання відносин із вирішення цивільних справ полягає в забезпеченні доступності, швидкості й ефективності судового розгляду. Саме на виконання даного завдання і спрямований інститут наказного провадження, який, хоча і з'явився тільки в Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України), ухваленому 18 березня 2004 р., уже сьогодні довів ефективність запровадження. Так, у 2018 р. в порядку наказного провадження розглянуто 152 433 справи, що становить 19,75% від загальної кількості справ, що розглядалися в порядку цивільного судочинства. 91,89% заяв про видачу судового наказу було задоволено і тільки 3,70% судових наказів було скасовано¹. Такі дані судової статистики дозволяють зробити висновок про високу ефективність наказного провадження в цивільному процесі України.

Аналіз наказного провадження в законодавстві країн Європейського Союзу дозволяє виділити дві основні моделі правового регулювання: а) доказову модель (Франція, Бельгія, Італія, Іспанія), яка передбачає, що заявник зобов'язаний надати суду письмові докази, на яких ґрунтуються його вимоги; суд зобов'язаний розглянути подані докази, за їхньої обґрунтованості видати судовий наказ; б) бездоказову модель (Німеччина, Фінляндія, Швеція), яка передбачає, що суд не розглядає обґрунтованість вимог заявника, якщо заява відповідає формальним вимогам, суд видає судовий наказ; у даній моделі процесуальний тягар покладається на боржника, своєчасне реагування якого блокує виконання судового наказу². У подальшому доцільним є аналіз наказного провадження

¹ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

² Крымский Д. Упрощенные производства в гражданском процессе зарубежных стран : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Москва, 2011. С. 21–22.

в законодавствах саме Франції та Німеччині, які є еталонами різних моделей правового регулювання даного інституту.

Окремо варто звернути увагу на наявність Регламенту Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу № 1896/2006 від 12 грудня 2006 р. «Про введення Європейського наказного провадження», який ухвалений із метою спрощення і прискорення судового розгляду та зменшення судових витрат під час розгляду транскордонних цивільних і комерційних справ. Даний правовий акт став базовим для багатьох країн Європейського Союзу під час визначення напрямів розвитку даного інституту.

У зв'язку з активним реформуванням українського законодавства у сфері здійснення судочинства, яке відбувається сьогодні, виникає необхідність порівняння правового регулювання наказного провадження в Європейському Союзі й Україні для визначення основних шляхів удосконалення вітчизняного законодавства.

1. Вимоги, за яких може бути видано судовий наказ

Аналізуючи підхід європейського законодавця до питання про коло справ, які вирішуються в порядку наказного провадження, варто зазначити, що, на відміну від українського законодавства, де чітко передбачено категорії справ, за якими може видаватися судовий наказ, у ст. 2 Регламенту «Про введення Європейського наказного провадження» вказуються категорії справ, до яких не може застосовуватись наказне провадження, зокрема у справах щодо: а) права власності, яке виникає з відносин подружжя, заповіту чи правонаступництва; б) банкрутства, судового розгляду щодо неплатоспроможних компаній чи інших юридичних осіб, медіаційних процедур, мирових угод чи аналогічних процесуальних дій; в) соціального забезпечення; г) недоговірних зобов'язань, за винятком випадків, коли зобов'язання складала предмет домовленості сторін або якщо був визнаний борг однією зі сторін, а також якщо зобов'язання стосуються погашених боргів, що виникли зі спільного володіння майном. Окрім цього, положення вищеназваного Регламенту не поширюються на відносини в податковій, митній і адміністративній сферах, а також щодо відповідальності держав за дії чи бездіяльність під час здійснення державної влади³.

³ Regulation (EC) № 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006R1896> (дата звернення: 13.02.2020).

У цивільно-процесуальному законодавстві Франції інститут наказного провадження (*procédures d'injonction*) передбачає три процедури: наказ про сплату (*injonction de payer*); європейський наказ про сплату (*injonction de payer européenne*); наказ про вчинення дії (*injonction de faire*)⁴.

Ст. 1405 Цивільного процесуального кодексу Франції (далі – ЦПК Франції) передбачає, що стягнення заборгованості в порядку подання заяви про видачу судового наказу можливе в таких випадках: а) право вимоги ґрунтується на договорі чи випливає з установленого нормативним актом зобов'язання та становить чітко визначену суму, зокрема, коли це штрафні санкції; б) зобов'язання випливає з вексельного обігу у визначених законом випадках або із прийняття уступки права вимоги, що передбачає спрощений порядок кредитування підприємств, відповідно до законодавства⁵.

У Цивільному процесуальному уложенні Німеччини (далі – ЦПУ Німеччини) наказне провадження іменується *Mahnverfahren*. Згідно з § 688 ЦПУ Німеччини, на вимогу, предметом якої є сплата певних грошових коштів, за заявою заявника видається судовий наказ про сплату. Водночас стягнення в порядку наказного провадження не здійснюється за таких умов: а) щодо вимог суб'єкта підприємницької діяльності за договорами, передбаченими в §§ 491–508 Цивільного уложення Німеччини (договори споживчого кредитування та договори з розстрочкою платежу), якщо відповідно до Цивільного уложення Німеччини встановлена на момент укладення договору річна процентна ставка перевищує базову процентну ставку, встановлену законом, більше ніж на 12%; б) якщо заявлена вимога залежить від ще не виконаного зустрічного виконання; в) якщо вручення судового наказу здійснюється в порядку публічного сповіщення⁶.

Отже, як загальноєвропейське, так і національне законодавство окремих держав характеризується широким колом підстав, за якими може бути видано судовий наказ із вираженою тенденцією не описувати вимоги, за якими може бути видано судовий наказ, а із вказівкою на правовідносини, у яких наказне провадження застосовуватися не може.

⁴ Français Code de procédure civile. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cid-Texte=LEGITEXT000006070716> (дата звернення: 13.02.2020).

⁵ Français Code de procédure civile. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cid-Texte=LEGITEXT000006070716> (дата звернення: 13.02.2020).

⁶ Deutsch Zivilprozessordnung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> (дата звернення: 13.02.2020).

Український законодавець пішов іншим шляхом, чітко визначив вимоги, за якими може бути видано судовий наказ. У науковій літературі, зокрема російській, де наказне провадження врегульовано подібно до українського законодавства, висловлюється думка, що до наказного провадження можна було б віднести будь-які обґрунтовані вимоги, грошовий вираз яких не перевищує певного розміру, наприклад, 100 мінімальних розмірів оплати праці, а також нескладні у плані правової оцінки вимоги, але такі, що потребують негайного вирішення, наприклад виселення із самовільно зайнятого жилого приміщення⁷. Уважаємо, що настільки кардинальне розширення наказного провадження є не зовсім доречним, оскільки, зважаючи на питому вагу справ наказного провадження, даний інститут в основному справляється з функціями, які на нього були покладені, окрім цього, таке правове регулювання дозволяє досконаліше врегулювати наказне провадження з окремих вимог (про стягнення аліментів на дитину). Водночас питання розширення сфери застосування наказного провадження, безумовно, є актуальним, але виключно шляхом збільшення вимог, за яким може видаватися судовий наказ.

Як уже зазначалось вище, чинне законодавство України передбачає вичерпний перелік вимог, за якими може бути видано судовий наказ. Відповідно до ст. 161 ЦПК України, судовий наказ може бути видано, якщо:

1) *заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати та середнього заробітку за час затримки розрахунку*. Дана вимога посідає досить значне місце серед справ наказного провадження: у 2018 р. було видано 6,19% судових наказів саме з даної категорії справ⁸. Безумовно, можливість стягнення нарахованої, але не виплаченої зарплати в порядку наказного провадження суттєво покращує можливість захисту фізичними особами своїх порушених трудових прав. Водночас на практиці часто трапляється ситуація, коли вимагають стягнути нараховані, але не виплачені інші грошові суми (вихідна допомога, підйомна допомога тощо). На даний момент такі справи можуть розглядатись тільки в порядку позовного провадження. Хоча по своїй юридичній природі вони фактично нічим не відрізняються від вимог про

⁷ Решетняк В., Черных И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе. Москва : Юридическое бюро «Городец», 1997. С. 57.

⁸ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

стягнення нарахованої, але не виплаченої зарплати, і неможливість вирішення даних вимог у порядку наказного провадження тільки ускладнює захист фізичними особами своїх прав. Для усунення даного недоліку, на нашу думку, п. 1 ст. 161 ЦПК України варто змінити і викласти в такій редакції: «Заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати, середнього заробітку за час затримки розрахунку та інших платежів, передбачених законодавством про працю». Під іншими платежами, передбаченими законодавством про працю, варто розуміти грошові суми, які повинні бути виплачені саме працівникові, а не звичайній фізичній особі;

2) *заявлено вимогу про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника*. Аналізуючи вищевказану вимогу для видачі судового наказу, варто зазначити, що на практиці судові накази на такій підставі видаються надзвичайно рідко. Так, у 2018 р. було видано тільки 2 судові накази даної категорії⁹. На нашу думку, видача судових наказів за цією вимогою і надалі буде надзвичайно рідкісною. Це пов'язано з певними теоретичними та практичними проблемами спеціального законодавства щодо фінансування з боку держави проведення органами внутрішніх справ розшуку¹⁰. На практиці можуть виникати питання, пов'язані з тим, наскільки ефективними та відповідними будуть засоби, застосовані заінтересованими особами на проведення розшуку. Загалом варто зазначити, що, як показує судова практика, наявність даної підстави для видачі судового наказу є неефективною. З огляду на це вважаємо за доцільне скасувати таку вимогу для видачі судового наказу;

3) *заявлено вимогу про стягнення аліментів у розмірі: на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину, якщо ця вимога не пов'язана з установами чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб*. Дана вимога посідає провідне місце серед справ наказного провадження: у 2018 р. було видано 18,94% судових наказів саме

⁹ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

¹⁰ Луспенник Д. Судовий наказ у цивільному судочинстві. *Юридичний журнал*. 2007. № 2. С. 114.

цієї категорії¹¹, що додатково підтверджує ефективність її застосування для захисту прав та інтересів заінтересованих осіб;

4) заявлено вимогу про стягнення аліментів на дитину у твердій грошовій сумі в розмірі 50% прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспоруванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб. За цією категорією справ у 2018 р. було видано 5% судових наказів¹², наявність такої вимоги, безумовно, виправдана за неможливості чи недоцільності застосування попередньої вимоги;

5) заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало чинності, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів. Варто зазначити, що вищевказана вимога має дуже незначне місце серед справ наказного провадження: у 2018 р. було видано тільки 8 судових наказів щодо цієї категорії справ¹³. Незважаючи на незначну ефективність даної норми, загалом варто позитивно оцінити розширення можливості захисту своїх прав споживачами. Для широкого використання даної підстави видачі судового наказу потрібно вдосконалити законодавство про захист прав споживачів, особливо у сфері можливості встановлення судами на користь невизначеного кола споживачів факту продажу товару неналежної якості;

б) заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та 3% річних, нарахованих заявником на суму заборгованості. Вищевказана вимога посідає перше місце серед справ наказного провадження: у 2018 р. було видано 65,02% судових наказів саме за даною категорією справ¹⁴. Аналіз даної вимоги доцільно провести разом із наступною вимогою;

¹¹ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

¹² Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

¹³ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

¹⁴ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

7) заявлено вимогу до юридичної особи або фізичної особи-підприємця про стягнення заборгованості за договором (іншим, ніж про надання житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення), укладеним у письмовій (зокрема, електронній) формі, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Дана категорія справ займає досить незначне місце серед справ наказного провадження: у 2018 р. було видано 0,36% судових наказів за цією вимогою¹⁵.

Аналізуючи дві останні вимоги, варто зазначити, що до змін у ЦПК України від 7 липня 2010 р. можна було видавати судові накази, якщо заявлено вимогу, що ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі. До 2010 р. дана категорія справ суттєво переважала в наказному провадженні. Так, у 2009 р. за такою вимогою було видано 86,41% (311 886) судових наказів. Скасовано у 2009 р. було тільки 7,01% судових наказів даної категорії¹⁶. Це свідчить про високу якість виданих судових наказів вищевказаної категорії. Більшість справ за даною вимогою становили справи щодо видачі судових наказів про стягнення грошових коштів за такими категоріями: а) заяви банків про стягнення з фізичних осіб боргу за кредитними договорами; б) заяви фізичних осіб щодо наданої ними іншим особам у позику грошових коштів за письмовим договором (зазвичай позики); в) заяви щодо стягнення заборгованості за наданими комунальними послугами, електропостачання, газопостачання, послуги зв'язку, оренду землі тощо¹⁷.

Отже, сьогодні, порівняно з редакцією ЦПК України, яка діяла до 2010 р., не можуть розглядатися в порядку наказного провадження заяви банків про стягнення з фізичних осіб боргу за кредитними договорами, а також заяви фізичних осіб щодо наданих ними іншим фізичним особам у позику грошових коштів за письмовим договором (зазвичай позики). Уважаємо, що обмеження, наявні в чинному законодавстві, за видами договорів (про надання житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення) та за суб'єктивним складом за іншими договорами (боржником може бути тільки

¹⁵ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

¹⁶ Форма № 2-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд у порядку цивільного судочинства за 2009 р. URL: <https://court.gov.ua/userfiles/2-C-2009.xls> (дата звернення: 13.02.2020).

¹⁷ Узагальнення Верховного Суду України. Практика розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні від 1 липня 2007 р. URL: <https://docs.dtki.ua/download/pdf/1077.1850.1> (дата звернення: 13.02.2020).

юридична особа або фізична особа-підприємець) є невинуватим і таким, що порушує рівність учасників цивільного процесу.

Варто зазначити, що українське законодавство передбачає можливість стягнення заборгованості в безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів за нотаріально посвідченими договорами, кредитними договорами, іпотечними договорами та з інших підстав (постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів» від 29 червня 1999 р. № 1172). Якщо ж учасник, чії права порушені, захоче звернутися до суду для захисту своїх прав та інтересів, він не зможе зробити це в порядку наказного провадження. Тому доцільно замість вимог, визначених у п.п. 3 і 7 ч. 1 ст. 161 ЦПК України, визначити одну вимогу для видачі судового наказу: *«Заявлено вимогу про стягнення заборгованості за договором, укладеним у письмовій (зокрема, електронній) формі з урахуванням індексу інфляції та 3% річних, нарахованих заявником на суму заборгованості, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб»*, як це зроблено у ГПК України.

Проблема визначення вимог, за якими видається судовий наказ, є глобальною. Розвиток суспільних правовідносин, а також аналіз практики показують, що фактично безспірних справ, які розглядаються в позовному провадженні, у зв'язку з тим, що законодавець не включив їх у наказне провадження, набагато більше. Наприклад, доцільним є включення до наказного провадження такої вимоги, як компенсування матеріальної шкоди, завданої злочином або адміністративним проступком, коли вина особи встановлена рішенням компетентного органу, а розмір збитків підтверджується рішенням суду або в інший спосіб, визначений законом. Як свідчить статистика, у 2018 р. тільки за вимогою про компенсування шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, було розглянуто в порядку цивільного судочинства 2 071 справу¹⁸. Віднесення даної категорії до наказного провадження сприятиме ефективнішому захисту прав та інтересів заінтересованих осіб.

Отже, підтримуючи загалом позицію нашого законодавця про необхідність чіткого визначення вимог, за якими може бути видано судовий

¹⁸ Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

наказ, уважаємо, що для забезпечення більшої доступності, швидкості й ефективності судового розгляду необхідно розширити сферу застосування наказного провадження, виклавши ч. 1 ст. 161 ЦПК України в такій редакції:

1. Судовий наказ може бути видано, якщо:

1) заявлено вимогу про стягнення заборгованості за договором, укладеним у письмовій (зокрема, електронній) формі з урахуванням індексу інфляції та 3% річних, нарахованих заявником на суму заборгованості, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

2) заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати, середнього заробітку за час затримки розрахунку та інших платежів, передбачених законодавством про працю;

3) заявлено вимогу про відшкодування матеріальної шкоди, завданої злочином або адміністративним проступком, коли вина особи встановлена рішенням суду, а розмір збитків підтверджується рішенням суду або в інший спосіб, визначений законом;

4) заявлено вимогу про стягнення аліментів у розмірі: на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспоруванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

5) заявлено вимогу про стягнення аліментів на дитину у твердій грошовій сумі в розмірі 50% прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспоруванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

6) заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало чинності, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невідзначеного кола споживачів.

Таке розширення сфери застосування наказного провадження дозволить майже повною мірою гармонізувати законодавство України та Європейського Союзу у сфері наказного провадження в цивільному процесі та приведе до збільшення частки справ наказного провадження в цивільному судочинстві до 30–35%.

2. Розгляд заяви про видачу судового наказу та скасування судового наказу

Процедура наказного провадження, згідно з Регламентом «Про введення Європейського наказного провадження», складається з таких стадій: а) вивчення заяви про видачу Європейського виконавчого листа й ухвалення рішення щодо заяви; б) подання заперечення на Європейський виконавчий лист і перевід справи в загальне цивільне судочинство; в) примусове виконання Європейського виконавчого листа.

На першій стадії відбувається вивчення заяви про видачу Європейського виконавчого листа на предмет відповідності сфери застосування, транскордонного характеру справи, вимогам щодо Європейського виконавчого листа, підсудності та змісту заяви про видачу Європейського виконавчого листа. У заяві про видачу Європейського виконавчого листа вказуються: найменування й адреси сторін; сума позову, включаючи процентні ставки та неустойку; період розрахунку та розмір процентної ставки; підстави подачі заяви, включаючи обставини справи; опис доказів; обґрунтування підсудності та транскордонного характеру справи. Подання в заяві неправдивої інформації може призвести до санкцій, що передбачені національним законодавством. Регламентом передбачено можливість подання даної заяви в електронній формі, якщо це допускає національне законодавство. Якщо не були дотримані вимоги щодо змісту заяви, суд зобов'язаний надати заявнику можливість доповнити, уточнити або змінити заяву протягом розумного строку.

Регламент передбачає такі можливості: відхилити заяву чи видати Європейський виконавчий лист. Суд може відхилити заяву тільки в таких випадках: а) заява не відповідає вимогам, передбаченим цим Регламентом; б) заява завідомо необґрунтована; в) заяву не було доповнено, уточнено або змінено протягом строку, встановленого судом.

Якщо заявник дотримався всіх вимог, визначених Регламентом, суд зобов'язаний у строк не пізніше 30 днів видати Європейський виконавчий лист, у якому відповідачу надається альтернатива або задовольнити вимоги позивача, або протягом 30 днів із моменту отримання подати заперечення. Відповідачу роз'яснюється, що: а) виконавчий лист виданий виключно на підставі інформації, поданої позивачем, яка не перевірялася судом; б) виконавчий лист набуває чинності, якщо не були подані заперечення; в) у разі подачі заперечень судовий розгляд буде проходити в загальному порядку, якщо позивач окремо не заявив про припинення судового розгляду на даному етапі.

Наступна стадія наказного провадження охоплює заперечення на Європейський виконавчий лист. Відповідач у своїй заяві про незгоду з позовом не зобов'язаний зазначати причини такої незгоди. За своєчасної подачі заперечень відбувається перевід справи в загальне цивільне судочинство відповідно до національного законодавства, про це повинен бути повідомлений позивач.

І заключною стадією є примусове виконання Європейського виконавчого листа¹⁹.

ЦПК Франції передбачає, що в заяві про видачу судового наказу повинно бути вказано: індивідуалізуючі дані кредитора та дебітора; точна вказівка на суму, що стягується, з детальним переліком складників права вимоги, а також підстава останньої. До заяви додаються документи на її підтвердження. У ній кредитор може зазначити, що в разі заперечень справа має невідкладно бути передана в суд для розгляду в загальному порядку.

Суд, дослідивши подані документи та вирішивши, що вимога є обґрунтованою повністю чи частково, виносить ухвалу, що містить розпорядження про сплату. Якщо суд відхиляє заяву або задовольняє частково, його ухвала не може бути оскаржена кредитором, однак останній може звернутися з вимогою в загальному (позовному) порядку.

За ініціативою кредитора завірені копії його заяви й ухвали суду надсилаються в порядку судового повідомлення кожному з боржників. Ухвала, що містить розпорядження про сплату, вважається такою, що не відбулась, якщо протягом шести місяців про неї не здійснено судове повідомлення, а також якщо протягом одного місяця із дня закінчення строку, встановленого для подачі боржником заперечень, кредитор не звернувся із клопотанням про виконавчий напис на даній ухвалі. В акті судового повідомлення про винесену ухвалу, що містить розпорядження про сплату, має бути зазначено або обов'язок сплатити кредитору визначену суму, або подати свої заперечення на заяву кредитора, а також строк, протягом якого можна подати заперечення (один місяць). Для розгляду заперечень боржника в судове засідання викликаються всі учасники процесу. У разі неявки всіх учасників суд виносить постанову про припинення провадження, що призводить до визнання ухвали, що містить розпорядження про сплату, такою, що

¹⁹ Regulation (EC) № 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006R1896> (дата звернення: 13.02.2020).

не відбулась. Що стосується заперечень боржника, то суд розглядає їх по суті разом із вимогами кредитора та виносить рішення, яке замінює ухвалу, що містить розпорядження про сплату, дане рішення може бути оскаржене в загальному порядку²⁰.

У ЦПУ Німеччини зазначено, що зміст заяви про видачу судового наказу повинен містити: а) найменування сторін, їхніх представників; б) найменування суду; в) основну та додаткову вимоги з конкретною вказівкою на виконання за кожною з них; г) вказівку, що вимога не залежить від зустрічного виконання; г) найменування суду, якому підвідомче дане провадження.

Заява про видачу судового наказу відхиляється, якщо за даною вимогою не може бути виданий судовий наказ, справа не підсудна даному суду, заява не відповідає змісту, визначеному в законі, проте перед відхиленням повинен бути заслуханий заявник. В інших випадках суд зобов'язаний видати судовий наказ, який має містити: а) дані щодо заяви про видачу судового наказу; б) вказівку, що суд не перевіряв обґрунтованості заявлених вимог; в) вимогу сплатити заявлену суму протягом двох тижнів; г) вказівку, що може бути видана ухвала про примусове виконання судового наказу тощо. Судовий наказ подається боржнику, який може подати свої заперечення до винесення ухвали про примусове виконання судового наказу. § 696 Цивільного уложення Німеччини передбачає, що коли заперечення подається своєчасно, а одна зі сторін вимагає позовного провадження, то суд, який видав судовий наказ, передає справу для розгляду в порядку позовного провадження. Якщо судовий наказ не був опротестований, а протягом шести місяців не подається заява про винесення ухвали про примусове виконання судового наказу, дія судового наказу припиняється.

Якщо заява направлена на видачу судового наказу на документ, вексель чи чек, то судовий наказ іменується відповідно документальним, вексельним або чековим наказом. У разі видачі такого судового наказу діють особливі правила його примусового виконання, а також особливості розгляду в позовному провадженні за оскарження боржником²¹.

Отже, законодавче регулювання розгляду заяви про видачу судового наказу та його скасування в Німеччині та Франції чітко вписується у правові моделі даного інституту – доказову та бездоказову, про ознаки яких

²⁰ Français Code de procédure civile. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> (дата звернення: 13.02.2020).

²¹ Deutsch Zivilprozessordnung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> (дата звернення: 13.02.2020).

ішлося вище. Аналіз Регламенту «Про введення Європейського наказного провадження» дозволяє зробити висновок, що для загальноєвропейського законодавства характерна бездоказова модель правового регулювання наказного провадження. Водночас варто підкреслити наявність як в бездоказовій моделі окремих елементів доказової моделі (перед відхиленням заяви про видачу судового наказу повинен бути заслуханий заявник – § 691 ЦПУ Німеччини; суд може відхилити заяву про видачу Європейського виконавчого листа, якщо заява завідомо необґрунтована, – ст. 11 Регламенту «Про введення Європейського наказного провадження»), так і в доказовій моделі окремих елементів бездоказової моделі (судовий наказ видається тільки на основі доказів, поданих кредитором, – ст. 1409 ЦПК Франції).

Аналіз наказного провадження у ЦПК України дозволяє однозначно віднести даний інститут до бездоказової моделі правового регулювання. Водночас вітчизняне законодавство характеризується значною деталізацією окремих положень, спрямованих, з одного боку, на забезпечення доступності, швидкості й ефективності судового розгляду, а з іншого – на недопущення можливості зловживання стягувачем своїми правами, ефективний захист прав боржника.

Наказне провадження в Україні складається з кількох стадій: розгляд заяви та видача судового наказу; скасування судового наказу; виконання судового наказу. Відповідно до ст. 167 ЦПК України, суд розглядає заяву про видачу судового наказу протягом п'яти днів. Розгляд проводиться без судового засідання і повідомлення заявника та боржника. За результатами розгляду заяви про видачу судового наказу суд видає судовий наказ або постановляє ухвалу про відмову у видачі судового наказу.

Чинне законодавство визначає чіткий перелік підстав, коли суд може відмовити у видачі судового наказу. Так, згідно зі ст. 165 ЦПК України, суддя відмовляє у видачі судового наказу, якщо: а) заява подана з порушеннями форми та змісту, визначених законом; б) заяву подано особою, яка не має процесуальної дієздатності, не підписано або підписано особою, яка не має права її підписувати, або особою, посадове становище якої не вказано; в) заявлено вимогу, яка не відповідає вимогам, встановленим законом; г) наявні загальні обставини, які перешкоджають відкриттю провадження у справі (ч. 1 ст. 186 ЦПК України); г) з моменту виникнення права вимоги пройшов строк, який перевищує позовну давність, встановлену законом для такої вимоги, або пройшов строк, встановлений законом для пред'явлення позову в суд за такою

вимогою; д) судом раніше виданий судовий наказ за тими самими вимогами, за якими заявник просить видати судовий наказ; е) судом раніше відмовлено у видачі судового наказу з підстав, які перешкоджають повторному зверненню до суду (п. п. 3–6 ч. 1 ст. 165 ЦПК України); є) із поданої заяви не вбачається виникнення або порушення права грошової вимоги, за якою заявником подано заяву про видачу судового наказу; ж) заяву подано з порушенням правил підсудності; з) якщо отримана судом інформація не дає можливості встановити зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи-боржника. У всіх інших випадках суд зобов'язаний видати судовий наказ.

У судовому наказі зазначаються: а) дата видачі наказу; б) найменування суду, прізвище й ініціали судді, який видав судовий наказ; в) повне найменування стягувача і боржника, їх місцезнаходження або місце проживання чи перебування, ідентифікаційний код юридичної особи / реєстраційний номер облікової картки платника податків (для фізичних осіб), а також інші дані, якщо вони відомі суду, які ідентифікують стягувача та боржника; г) посилання на закон, на підставі якого підлягають задоволенню заявлені вимоги; ґ) сума грошових коштів, які підлягають стягненню; д) сума судових витрат, що сплачена заявником і підлягає стягненню на його користь з боржника; е) повідомлення про те, що під час розгляду вимог у порядку наказного провадження та видачі судового наказу суд не розглядає обґрунтованість заявлених стягувачем вимог по суті; є) відомості про порядок та строки подання заяви про скасування судового наказу; ж) дата набрання судовим наказом чинності; з) строк пред'явлення судового наказу до виконання; и) дата видачі судового наказу стягувачу. Після видачі судового наказу суд не пізніше наступного дня надсилає його копію боржникові.

Боржник має право протягом п'ятнадцяти днів із дня вручення копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування до суду, який його видав, крім випадків видачі судового наказу про стягнення аліментів (п. п. 4, 5 ч. 1 ст. 161 ЦПК України). В останніх випадках закон допускає можливість звернутися до суду з позовом про зменшення розміру аліментів.

Заява про скасування судового наказу подається в суд у письмовій формі та повинна містити: а) найменування суду; б) повне найменування стягувача і боржника, їх місцезнаходження або місце проживання чи перебування, ідентифікаційний код юридичної особи / реєстраційний номер облікової картки платника податків

(для фізичних осіб); в) наказ, що оспорюється; г) зазначення повною або частковою необґрунтованості вимог стягувача.

У ст. 171 ЦПК України передбачено, що за відсутності підстав для повернення заяви про скасування судового наказу суддя не пізніше двох днів після її подання постановляє ухвалу про скасування судового наказу, в якій роз'яснює заявнику (стягувачу) його право звернутися до суду з тими самими вимогами в порядку спрощеного позовного провадження. Водночас закон передбачає, що єдиною підставою для повернення заяви про скасування судового наказу є подання заяви з порушенням строків, встановлених для скасування судового наказу (ч. 2 ст. 171 ЦПК України).

У разі ненадходження до суду заяви від боржника про скасування судового наказу протягом п'яти днів після закінчення строку для її подання судовий наказ набирає чинності, крім випадків видачі судового наказу за вимогами про стягнення аліментів на дитину, коли судовий наказ набирає чинності в день його видачі.

Також варто зазначити, що за клопотанням заінтересованих осіб суд може внести виправлення до судового наказу, відстрочити або розстрочити виконання судового наказу чи визнати його таким, що не підлягає виконанню (ст. 173 ЦПК України).

Законом чітко визначено, що судовий наказ оскарженню в апеляційному порядку не підлягає, допускається тільки апеляційне оскарження ухвали про відмову у видачі судового наказу. У касаційному порядку не можуть оскаржуватися ні судові накази, ні ухвали про відмову у видачі судового наказу.

Що ж до перегляду за нововиявленими або виключними обставинами, то закон допускає тільки перегляд за нововиявленими обставинами судових наказів за вимогами про стягнення аліментів на дитину. У всіх інших випадках перегляд справ наказного провадження за нововиявленими або виключними обставинами не допускається.

Фактично судовий наказ може бути скасований тільки в порядку, передбаченому р. II ЦПК України «Наказне провадження», за винятком справ за вимогами про стягнення аліментів на дитину, які не підлягають скасуванню.

Як бачимо, порядок розгляду заяви та видачі судового наказу за українським законодавством цілком узгоджується з бездоказовою моделлю правового регулювання наказного провадження, оскільки єдиною підставою для відмови у скасуванні судового наказу є подання заяви про скасування судового наказу з порушенням строків, встановлених

законом. Зауважимо значну деталізацію підстав для відмови у видачі судового наказу, однак вважаємо це виправданим, з огляду на необхідність мінімізувати можливість зловживання своїми правами з боку стягувача та належного захисту прав боржника. Окрім цього, вітчизняне законодавство врегульовує особливості наказного провадження за вимогами про стягнення аліментів на дитину, що дозволяє ефективніше захистити права й інтереси заінтересованих осіб.

ВИСНОВКИ

Підсумовуючи вищесказане, варто зазначити, що законодавство України у сфері наказного провадження значною мірою гармонізоване із законодавством Європейського Союзу. Вітчизняний законодавець обрав бездоказову модель наказного провадження, що є виправданим з огляду на можливість забезпечення доступності, швидкості й ефективності судового розгляду.

До особливостей інституту наказного провадження в цивільному процесі України варто віднести такі: а) вичерпний перелік вимог, за якими може бути видано судовий наказ; б) не розглядається обґрунтованість заявлених стягувачем вимог по суті; в) розширений перелік підстав для відмови у видачі судового наказу, спрямований на недопущення зловживання заявником своїми правами; г) формальна процедура скасування судового наказу (єдиною підставою для повернення заяви про скасування судового наказу є подання заяви з порушенням строків, встановлених законом), спрямована на захист прав боржника; г) встановлення особливостей наказного провадження за вимогами про стягнення аліментів на дитину.

Позитивно, загалом, оцінюємо правове регулювання наказного провадження в Україні, вважаємо за необхідне розширити сферу застосування наказного провадження. Зокрема, передбачити можливість видачі судового наказу, якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості за будь-яким договором, укладеним у письмовій (зокрема, електронній) формі, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, а також якщо заявлено вимогу про відшкодування матеріальних збитків, завданих злочинним або адміністративним проступком, коли вина особи встановлена рішенням суду, а розмір збитків підтверджується рішенням суду або в інший спосіб, визначений законом.

Таке розширення сфери застосування наказного провадження сприятиме забезпеченню більшої доступності, швидкості й ефективності

судового розгляду, а також збільшенню частки справ наказного провадження в цивільному судочинстві до 30–35%.

АНОТАЦІЯ

Дослідження присвячене питанням гармонізації законодавства України та Європейського Союзу у сфері наказного провадження в цивільному процесі. Аналіз інституту наказного провадження в Цивільному процесуальному уложенні Німеччини, Цивільному процесуальному кодексі Франції та Регламенті «Про введення Європейського наказного провадження» дозволив виявити шляхи модернізації вітчизняного законодавства в даній сфері. Дослідження наказного провадження в Цивільному процесуальному кодексі України показує, що правове регулювання даного інституту належить до бездоказової моделі. Водночас наказне провадження в Україні характеризується низкою специфічних ознак. Особливості правового регулювання даного інституту в Цивільному процесуальному кодексі України спрямовані, з одного боку, на забезпечення доступності, швидкості й ефективності судового розгляду для заявника, а із другого – на недопущення зловживання заявником своїми правами та на захист прав боржника. Порівняльний аналіз наказного провадження у країнах Європейського Союзу й України дозволяє зробити висновок про необхідність розширення сфери застосування наказного провадження. Внесення змін до частини 1 статті 161 Цивільного процесуального кодексі України забезпечить більшу доступність, швидкість і ефективність судового розгляду, а також збільшить частку справ наказного провадження в цивільному судочинстві до 30–35%.

ЛІТЕРАТУРА

1. Крымский Д. Упрощенные производства в гражданском процессе зарубежных стран : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Москва, 2011. 26 с.
2. Луспеник Д. Судовий наказ у цивільному судочинстві. *Юридичний журнал*. 2007. № 2. С. 111–119.
3. Решетняк В., Черных И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе. Москва : Юридическое бюро «Городец», 1997. 80 с.
4. Узагальнення Верховного Суду України. Практика розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні від 1 липня 2007 р. URL: <https://docs.dtkr.ua/download/pdf/1077.1850.1> (дата звернення: 13.02.2020).

5. Форма № 1-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства за 2018 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/media/1c_2018.xlsx (дата звернення: 13.02.2020).

6. Форма № 2-ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд у порядку цивільного судочинства за 2009 р. URL: <https://court.gov.ua/userfiles/2-C-2009.xls> (дата звернення: 13.02.2020).

7. Deutsch Zivilprozessordnung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> (дата звернення: 13.02.2020).

8. Français Code de procédure civile. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> (дата звернення: 13.02.2020).

9. Regulation (EC) № 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006R1896> (дата звернення: 13.02.2020).

Information about author:

Velykoroda O. M.,

Ph. D., Associate Professor,

Associate Professor of the Civil and Commercial Law
and Process Department

Ivano-Frankivsk Institute of Law

of the National University “Odesa Law Academy”

13, Maksymovycha str., Ivano-Frankivsk, 76000, Ukraine

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ УМОВИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЗЕМЛЕВПОРЯДНОГО МЕХАНІЗМУ В РАЗІ СТАЛОГО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ

Грещук Г. І., Руданецька О. С.

ВСТУП

Внаслідок історичного розвитку з початку запровадження в Україні земельної реформи сформувалася сучасна інституціональна система нормативно-правового забезпечення землеустрою та землевпорядкування в сільському господарстві. У зв'язку з переходом економіки держави до ринкових відносин постановою Верховної ради УРСР «Про земельну реформу» наприкінці 1990 р. оголошено, що з 15 березня 1991 р. всі землі України є об'єктом земельної реформи. Це, у свою чергу, викликало необхідність формування принципово нового земельного законодавства, орієнтованого на ринкові економічні відносини. Упродовж періоду реформування земельних відносин у сфері вітчизняного землеустрою та землекористування на державному рівні було прийнято понад 200 законодавчих і нормативно-правових актів. Сьогодні правову основу еколого-економічних і соціальних відносин, що виникають при здійсненні землеустрою, становлять передусім такі законодавчі акти: Конституція України, Земельний кодекс України, Закони України «Про землеустрій», «Про топографо-геодезичну і картографічну діяльність», «Про планування і забудову територій», «Про охорону земель». Згідно з різними даними станом на 2018 р. в Україні налічується від 500 до понад 1 000 нормативно-правових актів, які регулюють (або регулювали) суспільні відносини у галузі землеустрою. Це свідчить про надзвичайну зарегульованість державою вітчизняної системи землеустрою.

1. Забезпечення прозорості землевпорядного механізму

Враховуючи значний доробок нормативно-правових умов функціонування системи землеустрою й управління земельними ресурсами загалом, суб'єкти земельних відносин у сільському господарстві стикаються з рядом проблем, як-от: невідповідність законодавчих і стратегічних положень розвитку землевпорядного механізму сільськогосподарського землекористування; суперечливість багатьох нормативно-правових актів у сфері землеустрою; занадто

забюрократизована процедура внесення відомостей до Державного земельного кадастру; невинуваті адміністративні перепони для землекористувачів на стадії підготовки проектів землеустрою щодо відведення земельних ділянок; неврегульованість технічної сфери консолідації сільськогосподарських земель тощо.

Вказані проблеми ускладнюють процедуру узгодження землевпорядної документації, створюють додаткове фінансове навантаження на суб'єктів господарювання та є перешкодою для ефективного функціонування землевпорядного механізму, а тому потребують організаційно-правового врегулювання шляхом внесення відповідних змін до нормативно-правових актів.

Із запровадженням принципу екстериторіальності погодження проектів землеустрою щодо відведення земельної ділянки територіальними органами Державної служби з питань геодезії, картографії та кадастру почало проявлятися різне бачення розробки таких документів. Процес здійснення державної експертизи землевпорядної документації регулюється Земельним кодексом України, Законом України «Про державну експертизу землевпорядної документації»¹, Методикою проведення державної експертизи землевпорядної документації² та іншими нормативно-правовими актами у сфері державної експертизи. У 2016 р. Постановою Кабінету міністрів України від 31 серпня 2016 р. № 580 було затверджено тимчасовий порядок взаємодії між територіальними органами Державної служби з питань геодезії, картографії та кадастру на період реалізації пілотного проекту із запровадження принципу екстериторіальності погодження проектів землеустрою щодо відведення земельної ділянки територіальними органами Держгеокадастру під час погодження проектів землеустрою у цьому аспекті. Принцип екстериторіальності передбачає випадковий вибір (через систему електронного документообігу) територіального органу Держгеокадастру, який здійснюватиме погодження проекту землеустрою. Необхідність запровадження погодження проектів землеустрою за принципом екстериторіальності виникла у зв'язку із проявами корупційних ризиків на етапі погодження проектів землеустрою.

¹ Про державну експертизу землевпорядної документації : Закон України від 17 червня 2004 р. № 1808-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1808-15> (дата звернення: 06.07.2018).

² Про затвердження Методики проведення державної експертизи землевпорядної документації : Наказ Державного комітету України по земельних ресурсах від 03 грудня 2004 р. № 391. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1378-15> (дата звернення: 08.07.2018).

Такий принцип погодження землевпорядної документації стимулював скорочення термінів розгляду документації в середньому до 5–7 робочих днів і майже зупинив практику повторних відмов. Зокрема, із загального обсягу документації, що надійшла за принципом екстериторіальності до територіальних органів Держгеокадастру на погодження у 2019 р., на повторний розгляд було направлено лише 4,7% проектів, втретє направлялося лише 1% від загальної кількості. Тоді як у 2016 р. проекти могли місяцями лежати без розгляду або неодноразово повертатися з необґрунтованими відмовами. Загалом екстериторіальний принцип погодження проектів землеустрою зарекомендував себе як потужний механізм боротьби з корупційними ризиками, які виникали у процесі погодження проектів землеустрою. Тому вважаємо за необхідне запровадити цей інструмент і для погодження інших видів землевпорядної документації. Для цього пропонуємо внести зміни до Закону України «Про землеустрій», доповнивши його статтею щодо особливостей взаємодії територіальних органів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин під час погодження документації із землеустрою³.

Однак варто зазначити, що нормативно-правова база у сфері землеустрою не передбачає єдиної методики щодо діяльності експертів при погодженні проектів землеустрою. Нині на законодавчому рівні відсутні структура та зміст певних видів документації із землеустрою, що призводить до формування у різних регіонах країни відмінних підходів до прогнозування, планування й організації раціонального використання й охорони земель, організації територій сільськогосподарських підприємств, рекультивациі порушених земель і захисту їх від ерозії, консервації деградованих і малопродуктивних земель тощо. Це, у свою чергу, призводить до зловживань посадових осіб у сфері земельних відносин на етапі погодження та затвердження землевпорядної документації. Виходячи з цього, виникла потреба у систематизації видів землевпорядної документації, визначенні її структурного наповнення і змісту та встановлення чіткого порядку її погодження і затвердження. Тому, на нашу думку, необхідно розробити нормативно-правовий документ, який би уніфікував вимоги до проектів землеустрою та критерії їх оцінки експертом. Також вартим уваги є питання встановлення вимог до оформлення рішення про

³ Грещук Г.І. Організаційно-економічне та правове забезпечення розвитку землевпорядного механізму сталого сільськогосподарського землекористування : монографія. Київ, 2018. 308 с.

відмову у затвердженні проекту землеустрою та визначення процедури його повторного подання на затвердження після усунення причин, що стали підставою для відмови.

Важливим способом забезпечення прозорості земельних відносин є вирішення земельних спорів судовими органами у встановленому порядку. Інститут земельних спорів є одним із різновидів гарантій прав на землю, які регулюються розділом 5 Земельного Кодексу України⁴. Земельні спори – це спори, що виникають між фізичними чи юридичними особами з приводу володіння, користування чи розпорядження земельною ділянкою, яка перебуває у них на праві власності чи користування; такі спори вирішують виключно суди, органи місцевого самоврядування й органи виконавчої влади з питань земельних ресурсів⁵. Важливе значення у захисті прав землевласників і землекористувачів у земельних, а також пов'язаних із ними майнових правовідносинах належить судам. Судові справи, пов'язані із земельними відносинами, поділяються на адміністративні, цивільні та господарські. Серед адміністративних справ, пов'язаних із земельними відносинами, найбільшу питому вагу займають справи, що стосуються землеустрою та державної експертизи землевпорядної документації (за 2018 р. близько 81% від загальної кількості справ). Найбільшу кількість цивільних судових справ становлять справи щодо спорів у сфері земельних відносин – вони складають у середньому 95–98% від усіх цивільних справ, які стосуються земельних відносин.

Значна кількість судових проваджень у сфері земельних відносин може бути показником недоліків у системі нормативно-правового забезпечення або недостатньо розвиненого інструментарію вирішення конфліктних ситуацій. В обох випадках динаміка зі зменшення таких конфліктів має збігатися зі зростанням кількості ділянок різних форм власності, внесених до Державного земельного кадастру, та відповідності їх меж реальним ознакам. Таким чином, цей показник можна використовувати не тільки для визначення необхідності змін у нормативно-правовому регулюванні земельних відносин, але й для обґрунтування подальших шляхів удосконалення системи ведення Державного земельного кадастру та інвентаризації земель.

⁴ Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. *Офіційний вісник України*. 2001. № 46. С. 1. Ст. 2038. Код акта 20473/2001. URL: zakon.rada.gov.ua/go/2768-14 (дата звернення: 12.08.2018).

⁵ Андрейцев В.І. Земельне право і законодавство суверенної України. *Актуальні проблеми практичної теорії* : монографія. Київ : Знання, 2007. 445 с.

У 2011 р. з метою встановлення правових, економічних та організаційних основ діяльності у сфері державного земельного кадастру був прийнятий довгоочікуваний Закон України «Про Державний земельний кадастр»⁶. Законом змінено сутність і визначено процедуру здійснення державної реєстрації земельної ділянки. Так, якщо до прийняття Закону державна реєстрація земельної ділянки проводилася під час кожної трансакції із земельною ділянкою і передбачала процедуру видачі державних актів чи реєстрації договорів оренди, то після ця процедура фактично зведена лише до присвоєння земельній ділянці кадастрового номеру при її формуванні. Законом встановлено підстави, процедуру та строки здійснення державної реєстрації, визначений виключний перелік документації із землеустрою, на підставі якої така реєстрація може здійснюватися⁷. Це зумовлено тим, що тоді ані Земельний кодекс України, ані Закон України «Про землеустрій» однозначно це питання не врегулювали, і на практиці у різних регіонах воно вирішувалося по-різному. Як наслідок, через те, що в оцифрованому вигляді існує інформація про розміщення у просторі не всіх земель, право власності на які оформлене до складення землевпорядної документації в електронній формі, окремі власники можуть зіштовхнутися з невизнанням чи оспоренням належного їм права власності. Траплялися випадки, коли геопросторове розташування ділянок визначалося без належної точності, оскільки окремі землевпорядні організації виконували свої роботи без виходу на місцевість і без прив'язки поворотних точок меж ділянок до пунктів національної геодезичної мережі. У зв'язку з цим найважливішим завданням сьогодні є забезпечення повноти державного кадастрового обліку земельних ділянок і внесення відомостей про них до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Наведені випадки і сьогодні зумовлюють появу невідповідностей у землевпорядній документації і, як наслідок, інколи це призводить до накладок земельних ділянок одна на одну. У цьому разі межі однієї ділянки перетинають іншу (інші) ділянки, і в такий спосіб частина сусідньої земельної ділянки згідно із правовстановлюючими документами потрапляє у власність іншої особи. Тобто за двома або більше

⁶ Про Державний земельний кадастр : Закон України № 3613-VI від 07 липня 2011 р. *Офіційний вісник України*. 2011. № 50. С. 64.

⁷ Про Державний земельний кадастр : Закон України № 3613-VI від 07 липня 2011 р. *Офіційний вісник України*. 2011. № 50. С. 64.

різними землевпорядними документами одна і та сама ділянка землі, розташована на певній території, фактично займає територію іншої, зазвичай сусідньої земельної ділянки.

Сьогодні внесення відомостей до Державного земельного кадастру, зокрема під час державної реєстрації земельної ділянки, здійснюється згідно з діючим законодавством виключно Державним кадастровим реєстратором за місцем знаходження земельної ділянки. Подання документації із землеустрою до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин, для внесення відомостей до Державного земельного кадастру від імені замовника документації здійснюється зазвичай сертифікованими інженерами-землевпорядниками. Дуже часто звернення заявників через центри надання адміністративних послуг до державних кадастрових реєстраторів щодо внесення вказаних відомостей, зокрема щодо реєстрації земельних ділянок, стають неодноразовими, що призводить до зайвих витрат часу та матеріальних ресурсів. Тому з метою спрощення процедури внесення відомостей до Державного земельного кадастру, скорочення часу на здійснення цих операцій пропонуємо надати повноваження щодо реєстрації заяви в електронній формі сертифікованим інженерам-землевпорядникам за умови постійного моніторингу та контролю з боку кадастрових реєстраторів.

Зважаючи на результати аналізу процесів деградації вітчизняних сільськогосподарських земель й обґрунтування їх виведення з господарського обігу, важливим аспектом є правове забезпечення такого землевпорядного інструменту, як консервація деградованих і малопродуктивних земель. Основні положення щодо консервації деградованих і малопродуктивних земель сільськогосподарського призначення закріплено у Земельному кодексі України, Законі України «Про охорону земель» і деталізуються в наказі Мінагрополітики України від 26 квітня 2013 р. № 283 «Про затвердження Порядку консервації земель»⁸. Згаданий порядок визначає організаційні засади консервації деградованих і малопродуктивних земель, господарське використання яких є екологічно небезпечним та економічно неефективним, а також техногенно забруднених земельних ділянок, на яких неможливо одержати екологічно чисту продукцію, а перебування людей на цих

⁸ Про затвердження Порядку консервації земель : Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України 26 квітня 2013 р. № 283. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0810-13> (дата звернення: 18.05.2018).

земельних ділянках є небезпечним для їхнього здоров'я. Консервація здійснюється на підставі договору із власником земельної ділянки, розпорядження (прийнятого рішення) відповідного органу та проекту консервації земель. Консервація земель здійснюється за наявності: порушення поверхні земельних ділянок внаслідок землетрусів, зсувів, карстоутворення, повеней; еродованих земель, перезволожених земель із підвищеною кислотністю або засоленістю та ґрунтів, забруднених хімічними речовинами й іншими видами забруднень, небезпечних для здоров'я людей; малопродуктивних земель, ґрунти яких характеризуються негативними природними властивостями, низькою родючістю; радіаційно небезпечних, радіоактивно забруднених земель або забруднених важкими металами та іншими хімічними елементами⁹. При виявленні таких земель територіальні органи Держгеокадастру та/або територіальні органи Держекоінспекції України видають власнику земельної ділянки чи землекористувачу припис (розпорядження) про припинення їх господарського використання. Також Порядок консервації земель регламентує можливість консервації за ініціативою власників земельних ділянок і землекористувачів. На підставі заяви власника земельної ділянки або землекористувача, клопотання територіальних органів Держгеокадастру та/або Держекоінспекції України чи з власної ініціативи (якщо на земельні ділянки, які підлягають консервації, не оформлено право власності або користування) уповноважений орган у місячний строк видає розпорядження (рішення) про створення комісії з обстеження земель у натурі (на місцевості) та підготовки висновків про доцільність їх консервації¹⁰.

На нашу думку, рішення про консервацію земель має прийматися не на підставі пропозицій спеціально створених для цього комісій з обстеження земель, а на основі відповідного експертного висновку. Для цього при вирішенні питання про консервацію земель повинна проводитися оцінка впливу на довкілля, оскільки має місце реальна або ж потенційна небезпека впливу таких земель на життя і здоров'я людей, стан довкілля. За цим висновком повинно також вирішуватися питання про повернення земель до попереднього використання чи продовження термінів їх консервації.

⁹ Про затвердження Порядку консервації земель: Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України 26 квітня 2013 р. № 283. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0810-13> (дата звернення: 18.05.2018).

¹⁰ Про затвердження Порядку консервації земель : Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України 26 квітня 2013 р. № 283. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0810-13> (дата звернення: 18.05.2018).

Водночас ані Порядок консервації земель, ані будь-який інший нормативний акт не регламентує такого важливого питання, як стимулювання землевласників (землекористувачів) до консервації деградованих і малопродуктивних земель. Хоча у ст. 205 Земельного кодексу України¹¹ й зазначено про компенсацію з бюджетних коштів зниження доходу власників землі та землекористувачів внаслідок тимчасової консервації деградованих і малопродуктивних земель, що стали такими не з їх вини, однак детального механізму компенсації не розкрито.

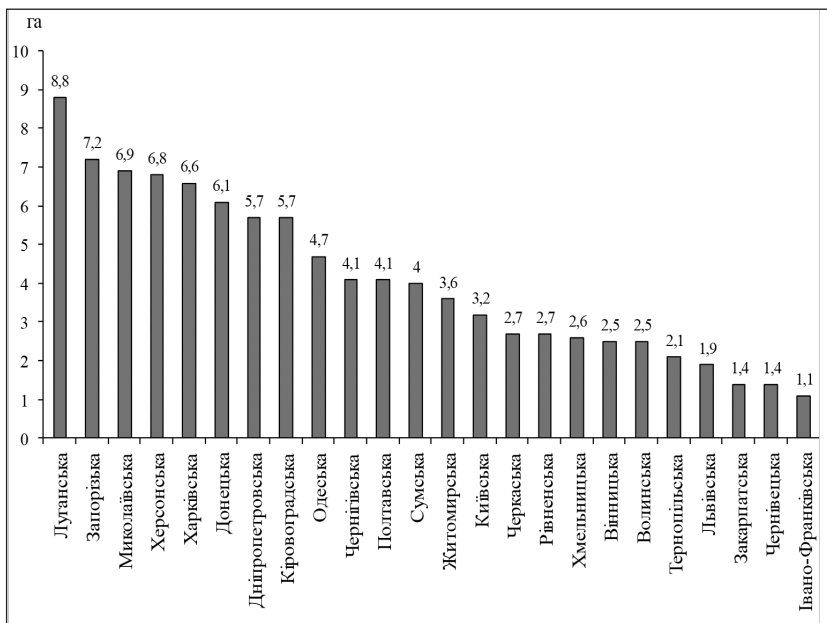
На нашу думку, підґрунтям для розгляду питання про компенсацію з бюджетних коштів зниження доходу власників землі та землекористувачів внаслідок тимчасової консервації деградованих і малопродуктивних земель є результати висновку з оцінки впливу на довкілля проекту землеустрою щодо консервації земель. Для цього необхідно прийняти Порядок економічного стимулювання заходів щодо раціонального використання й охорони земель на рівні Постанови Кабінету Міністрів України, в якому чітко описати процедуру компенсації зниження доходу власників землі та землекористувачів внаслідок тимчасової консервації деградованих і малопродуктивних земель, а також внести відповідні зміни в Податковий кодекс України.

2. Проблеми землекористувань колективної власності у землевпорядному механізмі

Процес паювання земель сільськогосподарських підприємств, які перебували у колективній власності, передбачав фрагментацію земельних масивів. Земельні ділянки, що були виділені в натурі як земельні частки (паї), були передані у приватну власність членам колективних підприємств із середньою площею по Україні 4 га (рис. 1). З урахуванням цього для доступу до кожної земельної ділянки була спроектована сітка польових доріг. Водночас, як засвідчила практика, землевласники, землі котрих знаходяться в межах відповідного масиву, здебільшого не хочуть їх використовувати, а ліпше воліють здати свою власність в оренду сільгосп підприємствам. Щодо польових доріг, то їх не виокремлено у самостійний вид земель, і вони фактично вважаються орними¹².

¹¹ Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. *Офіційний вісник України*. 2001. № 46. С. 1. Ст. 2038. Код акта 20473/2001. URL: zakon.rada.gov.ua/go/2768-14 (дата звернення: 12.08.2018).

¹² Грещук Г.І. Організаційно-економічне та правове забезпечення розвитку землевпорядного механізму сталого сільськогосподарського землекористування : монографія. Київ, 2018. 308 с.



**Рис. 1. Середній розмір земельної частки (паю)
в розрізі регіонів України у 2019 р., га**

Джерело: сформовано за даними Держгеокадастру

Поряд із тим порушення цілісності земельних масивів зумовило виникнення проблеми, яка полягала у відособленому землекористуванні тими угіддями, що знаходяться поміж визначеними масивами. Така ситуація продукує істотні ускладнення у процесі проведення сільськогосподарських робіт, адже, щоб дістатися до решти ділянок земельного масиву, техніці потрібно оминати відособлені землекористування. Окрім цього, істотних незручностей це завдає системам зрошення сільськогосподарських угідь¹³.

¹³ Богіра М., Ступень М. Проблеми у землекористуванні, зумовлені проведенням земельної реформи в Україні, та шляхи їх подолання. *Землепорядний вісник*. 2012. № 3. С. 16–18.

Гнаткович О.Д. Земельні відносини у сільськогосподарському підприємстві: теорія, методологія, практика : монографія. Львів, 2012. 465 с.

Горлачук В.В., Семенчук І.М. Напрями подолання економічної кризи в сільськогосподарському землекористуванні України. *Збалансоване природокористування*. 2017. № 2. С. 10–16.

Москаленко А.М. Рациональне використання сільськогосподарських земель: теорія і практика. *Вісник Чернівецького державного технологічного університету. Серія : Економічні науки*. 2014. № 4. С. 128–132.

Нормативно-правові акти, які регулюють землевпорядне проектування у сільському господарстві з приводу перерозподілу земель, вимагають удосконалення. Оскільки досі немає належного правового врегулювання проблем землекористувань колективної власності, адже під час приватизації земель колективних сільськогосподарських підприємств паюванню підлягали лише сільськогосподарські угіддя – рілля, багаторічні насадження, сіножаті та пасовища, а несільськогосподарські угіддя, раніше передані у колективну власність, до процесу розподілу залучені не були, то на цих угіддях розміщена інфраструктура, необхідна для ведення сільськогосподарського виробництва, господарські двори, механізовані токи, тракторні бригади, гаражі, ползахисні лісосмуги, колишні колгоспні ліси тощо¹⁴. Зокрема, існують суттєві проблеми і з використанням земельних ділянок під запроєктованими при проведенні паювання польовими дорогами. Переважна більшість таких доріг досі є колективною власністю колишніх членів колективних сільськогосподарських підприємств, у зв'язку з чим законним чином оформити право користування ними неможливо. Як було відзначено вище, здебільшого вони не сформовані в окремі земельні ділянки та фактично використовуються не як дороги, а як рілля. З урахуванням того, що загальна площа таких доріг складає близько 2% площі кожного масиву, загальна їх кількість в Україні складає майже 500 тис. га. Значною проблемою є також і стан польових лісосмуг та інших захисних насаджень, що обмежують масиви земель сільськогосподарського призначення і створені для їхнього обслуговування. Земельні ділянки під такими насадженнями продовжують перебувати у колективній власності колишніх членів колективних сільськогосподарських підприємств. Завдяки багаторічній законодавчій невизначеності механізму управління землями колективної власності такі землі фактично не мають реального власника (землекористувача), внаслідок чого лісосмуги масово вирубуються, що вже зараз сприяє ерозії ґрунтів і несприятливо впливає на стан довкілля¹⁵. Відповідно, такі умови унеможливають забезпечення раціонального землевпорядкування території новостворених аграрних формувань.

Упродовж початкових етапів реформування земельних відносин формування визначених ділянок земель сільськогосподарського

¹⁴ Мартин А.Г., Гунько Л.А., Колганова І.Г. Планування розвитку територій : монографія. Київ : Компрінт, 2015. 275 с.

¹⁵ Барвінський А.В., Тихенко Р.В. Еколого-економічна ефективність створення захисних лісових насаджень в системі сучасного сільськогосподарського землекористування : монографія. Київ : Медінформ, 2015. 551 с.

призначення потребувало істотних затрат часу та коштів. Земельні ділянки передавалися у власність через виділення відповідних земельних паїв. Очікувалося, що впродовж незначного перехідного періоду розпочнеться консолідація цих земель, а нові землевласники проводитимуть роботи із формування визначених земельних ділянок сільськогосподарського призначення, а також вноситимуть їх до кадастрового обліку земель. Проте через фінансові проблеми землевласників і відсутність ефективної системи управління земельними ресурсами такої консолідації не відбулося. У зв'язку з цим у липні 2018 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні»¹⁶. Цей Закон фактично став інструментом використання масиву земель сільськогосподарського призначення, закріпленим на законодавчому рівні. У цьому Законі визначаються правила використання земельних масивів, що регулюють процес надання права землекористувачу, котрий використовує значну частину земель масиву, на одержання в оренду земель під польовими дорогами (із визначенням обов'язку встановлення земельних сервітутів для доступу до інших земельних ділянок масиву), а також використання земельних ділянок під лісосмугами та іншими захисними насадженнями на праві оренди, право на яке буде набуватися без проведення земельних торгів¹⁷.

Слід зазначити, що запропонований інструмент не є консолідацією земель у класичному її розумінні. Фактичної консолідації земель нині можливо досягнути тільки завдяки припиненню дії мораторію на продаж сільськогосподарських земель. Водночас запропонований інструментарій дасть можливість подолати багато проблемних аспектів у використанні земель сільськогосподарського призначення у відповідних масивах, а також набуде статусу певного блоку для порушення законодавчо встановлених прав і свобод власників та користувачів земельних ділянок.

¹⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні : Закон України № 2498-VIII від 10 липня 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 37. С. 12.

¹⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні : Закон України № 2498-VIII від 10 липня 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 37. С. 12.

Передусім слід запровадити реалізацію робіт із землеустрою, а саме інвентаризацію та формування єдиних масивів земель у процесі організації землекористування у сільському господарстві. Однак нині відсутні ратифіковані нормативні документи із землеустрою, які регулюють порядок реалізації зазначених робіт. Не досягнуто єдиної думки в самому розумінні поняття «консолідація» і змісту процесу його функціонування. На нашу думку, першочерговим питанням є законодавче закріплення поняття консолідації земель сільськогосподарського призначення в Земельному кодексі України як інтегрованої системи заходів з організації території землекористувань через об'єднання роздрібнених земельних ділянок у компактні масиви, а також створення механізмів щодо уникнення подальшої фрагментації земель. Також відповідним визначенням варто було б доповнити ст. 1 Закону України «Про землеустрій»¹⁸.

Тоді як основною ціллю перерозподілу земель є їх розмежування між землевласниками за умови гарантування визначених прав і свобод у цьому аспекті, метою консолідації земель є забезпечення відповідних територіальних умов для збалансованого землекористування, об'єднання у єдине ціле. За перерозподілу земель земельна ділянка, яка перебуває у приватній власності, є об'єктом нерухомості. За консолідації земель земельна ділянка, що перебуває у приватній власності, є засобом виробництва й об'єктом ведення господарської діяльності. Тому за другого варіанту всі ділянки в межах одного земельного масиву є одним землекористуванням (або ж його частиною) за відповідних умов, а саме: коли ці ділянки передбачають застосування однакового технологічного процесу; земельні ділянки мають спільний юридичний базис; у разі відсутності суперечностей визначених прав відповідних землевласників. За нинішніх умов слід передусім збалансувати взаємини землевласників та агропідприємств, котрі володіють відповідними ділянками в межах спільних визначених земельних масивів. Основною умовою цього збалансування нині є реалізація комплексу робіт із землеустрою, які передбачають еколого-економічне та інституційно-правове обґрунтування щодо об'єднання сільгоспугідь, що є власністю низки аграріїв.

Варто теж наголосити на незадовільності межового визначення у земельних масивах. Адже розробка документів із землеустрою,

¹⁸ Грещук Г.І. Організаційно-економічне та правове забезпечення розвитку землевпорядного механізму сталого сільськогосподарського землекористування : монографія. Київ, 2018. 308 с.

згідно з якими здійснювалося паювання земель, відбувалася подекуди не зовсім ретельно, своєчасно, на неякісному рівні та навіть без фактичного перебування на земельних ділянках. Унаслідок такої ситуації реальні межі та розташування земельних ділянок нерідко різняться із задекларованими у нормативно-правовій документації¹⁹.

Доволі істотні питання виникають і щодо відтворення даних про ділянки в межах земельного масиву у Державному земельному кадастрі. Так, мало не в кожному масиві земель сільськогосподарського призначення існує деякий обсяг площ, за якими не відображено жодних даних у Державному земельному кадастрі, а саме: ділянки, межі яких встановлено до 2004 р. (тобто до моменту, коли було започатковано електронну базу кадастрових даних); невitreбувані (нерозподілені) земельні ділянки; земельні ділянки під проектними польовими дорогами тощо. З метою подолання зазначених проблем слід законодавчо встановити відповідні нормативно-правові інструменти, що регулюватимуть здійснення інвентаризації земельного масиву. Інвентаризація повинна передбачати не лише визначення та декларування наявних проблем (згідно з чинною законодавчою базою), а й їх подолання. Унаслідок інвентаризації земель усі виявлені недоліки щодо межових аспектів і співрозташування земельних угідь повинні бути усунуті, а всі дані про землі, які знаходяться в межах масиву, – занесені до Державного земельного кадастру.

Із набранням чинності Закону України «Про стратегічну екологічну оцінку» запроваджено ще одну форму регулювання землеустрою – стратегічну екологічну оцінку, котрій тепер в обов'язковому порядку підлягають схеми землеустрою і техніко-економічні обґрунтування використання й охорони земель адміністративно-територіальних одиниць. Однак слід зауважити, що регулятори цього Закону не стосуються внутрішньогосподарського землеустрою. Метою стратегічної екологічної оцінки проектів землеустрою (на рівні адміністративно-територіальних одиниць) є сприяння сталому розвитку шляхом забезпечення охорони довкілля, безпеки життєдіяльності населення й охорони його здоров'я, інтегрування екологічних вимог під час розроблення та затвердження землепорядної документації. Враховуючи важливість такої оцінки не тільки на рівні територіального землеустрою, пропонуємо здійснювати оцінку впливу на довкілля землепорядних проектів й на рівні внутрішньогосподарського землеустрою.

¹⁹ Новаковський Л. Нормативно-технічне забезпечення землеустрою в Україні. *Землепорядний вісник*. 2014. № 9. С. 12–15.

Проте таку оцінку пропонуємо здійснювати за спрощеною процедурою на рівні місцевого самоврядування.

Важливим інструментом регулювання землеустрою, що завершує землевпорядні дії, є державний кадастровий облік земель. Організація кадастрового обліку земель в Україні передбачає функціонування органу адміністрування системи Державного земельного кадастру – Центру державного земельного кадастру. На кінець 2018 р. наповненість Державного земельного кадастру становила 73% від загальної площі земельних ділянок. Дані табл. 1 ілюструють відсоток відсутніх відомостей про земельні ділянки за категоріями земель у Державному земельному кадастрі станом на 01 січня 2019 р.

Таблиця 1

**Відсоток відсутніх відомостей про земельні ділянки
в Державному земельному кадастрі станом на 01 січня 2019 р.**

Категорія земель	Відсоток відсутніх відомостей, %
Землі сільськогосподарського призначення	20
із них землі, що перебувають у користуванні	80
Землі оборони	97
Землі водного фонду	92
Землі природно-заповідного фонду	90
Землі лісового фонду	75

Джерело: дані Центру Державного земельного кадастру

Першочерговим елементом удосконалення чинної системи регулювання землеустрою є встановлення нормативно закріпленого порядку проведення землеустрою та розроблення землевпорядної документації з обліку сучасного еколого-економічного стану землекористування та інноваційного забезпечення галузі²⁰. Цей порядок має бути спрямований на формування основних імперативів (регламентів, норм і стандартів) щодо здійснення землевпорядної діяльності з метою створення умов для ефективності використання земельно-ресурсного потенціалу, а також усунення недоліків у розподілі земель за галузями економіки, суб'єктами господарювання, категоріями та формами власності.

Розробка проектів землеустрою, які зможуть враховувати сучасний економічний і екологічний стан земельних ресурсів, впровадження

²⁰ Мартин А.Г., Аврамчук Б.О. Регулювання землеустрою у Європейському Союзі: напрями адаптації для України. *Землеустрій, кадастр і моніторинг земель*. 2018. № 1. С. 4–13.

необхідних природоохоронних заходів – це завдання не тільки організаційної складової частини. Рационально вирішити ситуацію можна тільки шляхом комплексного еколого-економічного підходу до складання документації із землеустрою та включення процесів із землеустрою в основний процес господарської діяльності підприємств нашої країни.

Удосконалення потребує й нормативно-правове забезпечення системи регулювання землеустрою. Тому важливим питанням є розмежування функцій і повноважень органів виконавчої влади та місцевого самоврядування у зв'язку з реалізацією адміністративно-територіальної реформи. Зокрема, потребує впорядкування порядку зміни і встановлення меж адміністративно-територіальних одиниць та об'єднаних територіальних громад, а також вирішення спорів, що виникають між ними з приводу їх кордонів.

Для вдосконалення нормативно-правової бази землевпорядної діяльності та територіального планування необхідно ліквідувати дублювання і суперечності у сфері регулювання містобудівної діяльності, землеустрою, лісовпорядкування, проектування природоохоронних заходів, розміщення водних об'єктів тощо. Потребують також нормативного врегулювання питання щодо вартості землевпорядних робіт і межування земельних ділянок. Пропозиції громадських діячів у частині обмеження вартості робіт із межування земельних ділянок часто є неможливими внаслідок відсутності відомостей про численні об'єкти нерухомості в матеріалах Державного земельного кадастру, необхідності оновлення планово-картографічного матеріалу, технологічних вимог землеустрою.

Удосконалення фінансового механізму проведення землеустрою слід здійснювати з метою упорядкування джерел та обсягів коштів на оплату землевпорядних робіт, а також визначення нормативних цін на землевпорядні послуги залежно від виду робіт. Під час формування нормативних цін необхідно передбачати: вдосконалення системи платежів за землевпорядні послуги і здійснення гнучкої цінової політики стосовно землевпорядних послуг, що поєднує прийнятні вільні та фіксовані регульовані ціни; забезпечення фінансування землевпорядних робіт за кошти державного бюджету та бюджетів місцевого самоврядування всіх рівнів; залучення інвестицій у систему землеустрою; формування ринку землевпорядних послуг, підтримки підприємництва і діяльності підприємств малого бізнесу у сфері землеустрою; економічне стимулювання проведення землеустрою та необхідних землевпорядних заходів.

Однією з нинішніх проблем є застарілість інформаційних баз і порушення послідовності процесів їх відновлення. Це призводить до погіршення якості планово-картографічних баз, які є основою для розробки проектів землеустрою. Оскільки такі проекти розробляються на основі даних, що були актуальними десятиліття тому, важко говорити про їх об'єктивність, наукове обґрунтування й еколого-економічну ефективність.

ВИСНОВКИ

Для подальшого розвитку інформаційного забезпечення землеустрою необхідними є концептуальні зміни у системі державного кадастрового обліку земель, які дають змогу сформулювати моделі обліку земель сільськогосподарського призначення для забезпечення їх екобезпечного використання й охорони. Важливо зважити на якісні екологічні показники, отримані завдяки агрохімічній паспортизації земель сільськогосподарського призначення, а також економічні, що характеризують ефективність використання цих земель. Подальше вдосконалення державного кадастрового обліку земель і фонду інформаційних даних передбачає введення у практику підготовки на базі державного фонду даних інформації про топографічні, ґрунтові, геодезичні й екологічні показники аналізу території. Важливими напрямками інформаційної підтримки землевпорядної діяльності має стати розробка та застосування науково-технічних і методичних рекомендацій, впровадження інноваційних технологій, що дасть змогу виконати низку завдань, зокрема щодо підвищення оперативності виробництва проектів землеустрою, введення системи автоматизованого управління земельними ресурсами агросфери на регіональному рівні із застосуванням мережевих технологій, а також підвищити якість проектування із широким застосуванням методів математичного моделювання розподілу земельних ресурсів для їх ефективного використання.

З метою формування сприятливих умов для ефективного функціонування системи землеустрою, зокрема щодо перерозподілу земель за формами власності, категоріями й угіддями в умовах повноцінного ринку, регулювання землеустрою має забезпечувати: функціонування ефективного інституціонального середовища землевпорядної діяльності; стимулювання землевласників і землекористувачів до внутрішньогосподарського землеустрою; автоматизацію процесів інформаційного забезпечення землеустрою; встановлення порядку проведення робіт із землеустрою та розробки землевпорядної документації; координацію

діяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування під час проведення землеустрою; організацію і здійснення контролю за землеустроєм.

АНОТАЦІЯ

Обґрунтовано необхідність обов'язкового нормативно-правового регулювання землеустрою через ринкові та державні інструменти. Таке регулювання має налічувати визначення порядку проведення землеустрою, що включатиме прозорість і якість забезпечення землевпорядного механізму. Проаналізовано принцип екстериторіальності погодження проектів землеустрою. Розкрито процес паювання земель сільськогосподарських підприємств, які перебували у колективній власності, та проаналізовані недоліки цього процесу. Наведено обов'язкову координацію землевпорядного проектування через формування інституціонального середовища землевпорядного забезпечення. Для функціонування чіткого землевпорядного механізму повинен бути контроль за землевпорядною діяльністю, організацією процесу планування та фінансування землевпорядних робіт, регулювання ринку землевпорядних послуг. І надзвичайно важливим інструментом регулювання землеустрою, що завершує землевпорядні дії, є державний кадастровий облік земель, які є об'єктом землевпорядного механізму.

ЛІТЕРАТУРА

1. Андрейцев В.І. Земельне право і законодавство суверенної України. *Актуальні проблеми практичної теорії*: монографія. Київ: Знання, 2007. 445 с.
2. Барвінський А.В., Тихенко Р.В. Еколого-економічна ефективність створення захисних лісових насаджень в системі сучасного сільськогосподарського землекористування: монографія. Київ: Медінформ, 2015. 551 с.
3. Богіра М., Ступень М. Проблеми у землекористуванні, зумовлені проведенням земельної реформи в Україні, та шляхи їх подолання. *Землевпорядний вісник*. 2012. № 3. С. 16–18.
4. Грещук Г.І. Організаційно-економічне та правове забезпечення розвитку землевпорядного механізму сталого сільськогосподарського землекористування: монографія. Київ, 2018. 308 с.
5. Гнаткович О.Д. Земельні відносини у сільськогосподарському підприємстві: теорія, методологія, практика: монографія. Львів, 2012. 465 с.

6. Горлачук В.В., Семенчук І.М. Напрями подолання економічної кризи в сільськогосподарському землекористуванні України. *Збалансоване природокористування*. 2017. № 2. С. 10–16.

7. Деякі питання реалізації пілотного проекту із запровадження принципу екстериторіальності погодження проектів землеустрою щодо відведення земельної ділянки територіальними органами Державної служби з питань геодезії, картографії та кадастру: Постанова Кабінету міністрів України від 31 серпня 2016 р. № 580. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-2016-p> (дата звернення: 14.05.2018).

8. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. *Офіційний вісник України*. 2001. № 46. С. 1. Ст. 2038. Код акта 20473/2001. URL: zakon.rada.gov.ua/go/2768-14 (дата звернення: 12.08.2018).

9. Мартин А.Г., Аврамчук Б.О. Регулювання землеустрою у Європейському Союзі: напрями адаптації для України. *Землеустрій, кадастр і моніторинг земель*. 2018. № 1. С. 4–13.

10. Мартин А.Г., Гунько Л.А., Колганова І.Г. Планування розвитку територій: монографія. Київ: Компринт, 2015. 275 с.

11. Москаленко А.М. Рациональне використання сільськогосподарських земель: теорія і практика. *Вісник Чернігівського державного технологічного університету. Серія: Економічні науки*. 2014. № 4. С. 128–132.

12. Новаковський Л. Нормативно-технічне забезпечення землеустрою в Україні. *Землевпорядний вісник*. 2014. № 9. С. 12–15.

13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні: Закон України № 2498-VIII від 10 липня 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 37. С. 12.

14. Про Державний земельний кадастр: Закон України № 3613-VI від 07 липня 2011 р. *Офіційний вісник України*. 2011. № 50. С. 64.

15. Про державну експертизу землевпорядної документації: Закон України від 17 червня 2004 р. № 1808-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1808-15> (дата звернення: 06.07.2018).

16. Про затвердження Методики проведення державної експертизи землевпорядної документації: Наказ Державного комітету України по земельних ресурсах від 03 грудня 2004 р. № 391. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1378-15> (дата звернення: 08.07.2018).

17. Про затвердження Порядку консервації земель: Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України 26 квітня 2013 р. № 283. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0810-13> (дата звернення: 18.05.2018).

18. Ступень М.Г. Удосконалення системи кадастрового обліку земель сільськогосподарського призначення. *Збалансоване природокористування*. 2016. № 4. С. 127–131.

Information about authors:

Hreshchuk H. I.,
Dr. of Economics,
Head of the Law Department
Lviv National Agrarian University,
1, V. Velykoho St., 80381, Dublyany, Lviv Region, Ukraine

Rudanetska O. S.,
Ph.D. in Law,
Associate Professor of the Department of Law
Lviv National Agrarian University
1, V. Velykoho St., 80381, Dublyany, Lviv Region, Ukraine

LEGAL STATUS OF THE PROSECUTOR IN THE COMMERCIAL PROCEEDINGS OF UKRAINE AND PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Hryhorchuk M. V.

INTRODUCTION

Our logical and comparative analysis of the current commercial procedural legislation of Ukraine showed that the statutory limits of involvement of the prosecutor in the consideration and resolution of cases by commercial courts provide a rather ambiguous picture, which requires a deep theoretical and practical evaluation. We are convinced that all the elements that form the legal image of the prosecutor as a participant in the trial should be unified namely through the legal specification.

In the previously published articles, we have defined the concept of a legal specification meaning a set of powers delegated by the state to a statutory party of regulatory processes, and which contains essential features that distinguish it from other equivalents of its regulators¹.

Therefore, in this part of the study it is proposed to focus attention on the essential specification of the prosecutor, both the entity and the parties to the commercial proceedings. While making theoretical and legal generalizations on these issues, we take into account the procedural equality of the parties, as specified in part 1 of Article 46 (Procedural rights and obligations of the Parties) of the Commercial Procedural Code of Ukraine (hereinafter referred to as the CPC)².

1. Legal basis and theoretical and legal substantiation of the status of the prosecutor in accordance with the Commercial Procedural Code of Ukraine and other legislative acts

According to the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office”, the Prosecutor’s Office of Ukraine performs the functions formalized by the Constitution of Ukraine to protect human rights and freedoms, the general

¹ Григорчук М.В. Правова характеристика як оціночна категорія у підходах до розуміння процесуального статусу суб’єктів захисту прав учасників господарських відносин. *Право і суспільство*. 2019. № 5. С. 18–23.

² Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ / Верховна Рада України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 08.02.2020).

interests of society and the state. The functions of the prosecutor's office in accordance with the provisions of Article 2 are as follows:

- 1) state prosecution in court;
- 2) representing the interests of a citizen or a state in court in cases determined by this Law;
- 3) supervising the observance of the law by the bodies conducting the law enforcement intelligence-gathering activities, inquiry, pre-trial investigation;
- 4) overseeing compliance of laws in the enforcement of criminal judgments, as well as in the application of other coercive measures related to the restriction of personal freedom of citizens.

Considering the abovementioned, namely the separation of powers of the prosecutor as a participant in the process, it is advisable to make some clarifications that, in our opinion, will have a significant impact on the further formation and content of the prosecutor's legal specification in the commercial proceedings.

Thus, being *de jure* in the same regulatory conditions, the parties to the commercial proceedings come to it with significantly unbalanced substantive procedural positions, in which the public status of the prosecutor far outweighs the scarves of legal scales on the side of the participant of the process he represents. Therefore, it is very difficult for the court to ensure compliance with the provisions of Article 15 of the CPC on the conduct of proceedings in accordance with the principle of proportionality, taking into account: the task of commercial litigation; ensuring a reasonable balance between private and public interests.

The analyzed scientific materials and the regulatory framework inspire the belief that the prosecutor's independence, as defined by Article 16 (Guarantees of the prosecutor's independence) of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office", should be attributed to the legal specification of the prosecutor as a subject of protection of the rights and interests of economic entities, and according to which the independence of the prosecutor is ensured, *inter alia*:

- the procedure for exercising powers determined by procedural and other laws;
- prohibition of unlawful influence, pressure or interference with the exercise of the prosecutor's powers.

Part 2 of this Article states that, in the exercise of functions of the prosecution office, the prosecutor is independent from any unlawful

influence, pressure, interference and is guided in his/her activity only by the Constitution and laws of Ukraine³.

One of the factors that are intended to assert the authority of the public prosecutor in the society is the imposition of a duty on public authorities, local self-government bodies, other state bodies, their officers and officials, as well as individuals and legal entities and their association to respect the independence of the public prosecutor and refrain from exercising any form of influence over the prosecutor in order to impede the performance of official duties or to make an unlawful decision. The limits of reasonable criticism of the prosecutor's activities are determined in the light of the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights (part 5 of the Article 16)⁴.

Next. We consider that the basic elements of the legal specification of the prosecutor as a subject of protection of the rights and the interests protected by law of participants of commercial relations are the normative registration of his rights and obligations (Article 19), as well as the liability (Article 20) under the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office".

Thus, in accordance with the provisions of Article 20 of the Law, damage caused by unlawful decisions, actions or omissions of a prosecutor shall be compensated by the state irrespective of its fault in the manner prescribed by law. The state is entitled to a right of recourse to the public prosecutor in the event that the damage caused by the public prosecutor to the state expense will be reimbursed in the amount of compensation paid in the event of the establishment of a criminal offense by the prosecutor on the court's conviction against him, which entered into force.

Thus, by delegating to a prosecutor a certain amount of authority and providing guarantees to ensure the necessary conditions for the fulfillment of the tasks assigned to the prosecutor's office, the Law provides for compensators, who are intended to protect the participants of commercial relations from abuse by employees of the prosecutor's office.

In our opinion, a separate and extremely important element of the prosecutor's legal specification is the obligation to adhere strictly to the oath of the prosecutor, for the breach of which the statutory liability is established. This requirement is contained in Part 3 of this Article.

³ Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1697-18> (дата звернення 08.02.2020).

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рада Європи. Ратифікація, підстава 475/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_004 (дата звернення: 08.02.2020).

According to the requirements of paragraph 4 of Article 20, the prosecutor is obliged, among other things, to act only on the basis, within the limits and in the manner provided by the Constitution and laws of Ukraine.

Considering the substantive procedural grounds for the prosecutor's participation in the commercial proceedings, it should be noted the following. Pursuant to Article 23 (Representation of the interests of a citizen or a state in court) of the Law, representation by the public prosecutor of the interests of a citizen or a state in court consists in carrying out procedural and other actions aimed at protecting the interests of a citizen or a state, in cases and in the manner prescribed by law.

Part 4 of the said article requires prosecutors to justify in court the grounds for representation, and the representation of the interests of a citizen or a state in court is carried out only after the court has confirmed the grounds for representation.

Part 5 of Article 55 of the CPC (Procedural rights of authorities and persons who the law entitles with the right to appeal in the interest of other persons) provides that the refusal of the authority empowered to exercise the relevant functions in the disputed legal relationship from the claim filed by the prosecutor in the interests of the state (statements), filing by him the application to leave the lawsuit without consideration does not deprive the prosecutor of the right to sustain a claim (statement) and to demand the consideration of the case on the merits, but according to part 6 – the prosecutor, in order to resolve the issue of the existence of grounds for review of court decisions in a case, considered without his (her) participation, has the right to read the case files in court and receive their copies.

However, it should be noted that the procedural commercial legislation as amended on 15.12.2017 (Law of Ukraine “On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, Civil Procedure Code of Ukraine, Code of Administrative Judiciary of Ukraine and other legislative acts” significantly reduced the scope of powers of prosecutors in court proceedings. Such a conclusion follows from a comparative analysis of the provisions of Articles 53, 55 of this Code and Article 29 in its previous version.

The table we have drawn up clearly shows the significant removal of prosecutors as participants in commercial proceedings and the deprivation of their number of objective opportunities while representing the interests of entities (see table 1).

Table 1

Commercial Procedural Code of Ukraine (last updated 15.12.2017)	Commercial Procedural Code of Ukraine (last updated 15.12.2017)
1	2
<p>Article 53 (Participation in the judicial process of bodies and persons who the law entitles with the right to appeal in the interest of other persons) – as at present in force</p>	<p>Article 29 (Prosecutor’s involvement in case review) – previous version⁵</p>
<p>Part 3 – in the cases specified by law, the prosecutor goes to court with a statement of claim, participates in the consideration of cases on his claims, and can also enter on his own initiative in a case in which the proceedings are opened on the claim of another person, before the trial of the merits, files an appeal, cassation complaint, a statement on the review of a court decision on newly discovered or exceptional circumstances.</p> <p>Part 4 – a prosecutor who appeals to a court in the interests of the state, in a claim or other statement of complaint, substantiates the violation of the interests of the state, the need for their protection, the grounds for appeal to the court prosecutor, determined by law, and also specifies the body authorized by the state to perform the relevant functions in controversial relationship. Failure to comply with these requirements results from the application of the provisions of Article 174 of this Code (Leaving a motion with no progress, returning a statement of claim – Part 4 (there are no grounds for bringing a prosecutor to court in the interests of the State or for bringing to court a person entitled with the right to go to court in the interests of another person).</p>	<p>The prosecutor participates in the consideration of cases on his claims, and can also take on his own initiative in a case initiated by the claim of other persons, at any stage of its consideration for the representation of interests of the citizen or the state.</p> <p>In order to enter the case, the prosecutor may file an appeal, cassation appeal, application for review of the decision by the Supreme Court of Ukraine, review the decision in newly discovered circumstances, or inform the court and take part in the hearing of the case initiated by the claim of other persons. In this case, in order to represent the interests of a citizen or a state in a commercial court (regardless of the form in which the representation is made), the prosecutor must justify the existence of the grounds for such representation provided for by the second or third section of Article 25 of the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office”. In order to represent the interests of a citizen in a commercial court, the prosecutor must also provide documents confirming not attainment of majority, incapacity or limited capacity of the respective citizen, and the written consent of the legal representative or body to whom the law has the right to protected rights, freedoms and interests of the respective person Failure of a prosecutor to comply with the.</p>

⁵ Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991р. № 1798-XII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/ed20170803> (дата звернення: 08.02.2020).

Table 1 (end)

1	2
<p>Article 55. Procedural rights of bodies and persons who the law entitles with the right to appeal in the interest of other persons.</p> <p>Part 5 – the refusal of the body authorized to perform the relevant functions in the disputed legal relations from the claim (statement) made by the prosecutor in the interest of the state, the submission of the statement of dismissal without review does not deprive the prosecutor of the right to support the claim (statement) and to request a hearing on the merits.</p> <p>Part 6 – the prosecutor and other person who the law entitles with the right to appeal in the interest of other persons in order to decide whether there are grounds for reviewing court decisions in a case heard without his (her) participation, has the right to read and receive the case file in court copies. The prosecutor uses the same right in order to decide whether to enter the case on the claim (statement) of another person.</p>	<p>requirements for granting a commercial court substantiation of the grounds for representing the interests of a citizen or a state in an economic court shall result in the return of his/her petition (statement, complaint) in accordance with the procedure established by Article 63 of this Code.</p> <p>If the commercial court accepts the claim filed by the prosecutor in the interests of the state in the person of the body authorized to perform the functions of the state in the disputed legal relations, the said body acquires the status of the plaintiff. In case of the adoption by the commercial court of the claim filed by the prosecutor in the interests of the state, stating the absence of the authority empowered to perform the functions of the state in the disputed legal relations, or the lack of such authority to apply to the commercial court, the prosecutor acquires the status of the plaintiff. In order to resolve the issue of the grounds for initiating the review of court decisions in a case, considered without the participation of the prosecutor, the prosecutor has the right to familiarize himself with the case file in court, to make extracts from it, to receive copies of documents in the case files.</p> <p>In order to be involved in a case that has already been initiated, the prosecutor submits to the commercial court an appropriate application.</p> <p>The prosecutor involved in the case is responsible and exercises the rights of the party, except for the right to conclude a settlement agreement.</p> <p>The refusal of the prosecutor to file a claim does not deprive the plaintiff of the right to seek a resolution of the dispute on the merits.</p> <p>The plaintiff’s denial of the claim filed by the prosecutor in the interests of the state does not deprive the prosecutor of the right to support the claim and to seek a resolution of the dispute in substance.</p>

Pursuant to the provisions of paragraph 3 of Article 53 of the Commercial Procedural Code, the prosecutor may, in the cases specified by law, intervene on his own initiative in a case initiated in another person's case before the merits of the case are commenced.

Among other restrictions, including depriving a prosecutor of the right to enter a case at any stage of its consideration, the most unjustified, in our opinion, is the refusal to represent the interests of a citizen in the Commercial Court.

Removing from the current version of Article 53 of the Commercial Procedural Code a citizen as a participant in the process in whose interests the prosecutor had the right to intervene, in our opinion, the legislator significantly reduced the degree of legal protection of citizens who can apply to the commercial court for the renewal of their violated subjective law or protected the law of interest as a person who has suffered losses from the results of independent commercial activity.

We have no reason to believe that the phrase "other person's interests" is sufficient in terms of the embedded volume of the legal content to extend its effect to "citizen" as a hypothetical participant in the process. Assuming such a judgment, the further content of the analyzed articles completely leads the individual out of the field of procedural commercial consideration. The conclusion from this situation is that the citizen in the commercial process is forced to defend his violated right alone, enlisting only the help of a lawyer.

In assessing the degree of efficiency and timeliness of the prosecutor's performance of the functions of protection in the commercial court of the interests of the commercial entity or citizen, it should be noted that the legislator provides an opportunity for the prosecutor to become involved in resolving the commercial dispute at an early stage. The prosecutor is obliged to inform the citizen and his/her legal representative or the respective subject of authority beforehand before going to court. If the court confirms the existence of grounds for representation, the prosecutor shall exercise the procedural powers of the respective party to the proceedings.

At the same time, a prosecutor in a commercial nature case is not entitled to participate unconditionally in such a process only by his personal decision. The legislator has introduced certain instruments of restraint on such independent actions of the prosecutor, namely that the grounds for representation may be challenged by the citizen or his legal representative or the subject of power.

According to the provisions of paragraph 6, Article 23 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office", in the course of the representation

of the interests of a citizen or a state in court, the prosecutor shall have the right, in the manner provided by the procedural law and the law governing enforcement proceedings, to: 1) apply to court with a claim (statement, submission); 2) act in case brought by the claim (statement, submission) by any other person at any stage of the proceedings; 3) initiate the review of court decisions, including in the case of another person's statement; 4) to participate in the hearing of the case; 5) to file a civil suit during criminal proceedings in the cases and order specified by the criminal procedural law; 6) participate in enforcement proceedings in the execution of decisions in a case in which the prosecutor represented the interests of the citizen or the state in court; 7) with the permission of the court to familiarize with the materials of the case in court and the materials of the enforcement proceedings, to make extracts from them, to receive free copies of the documents contained in the files of the case or the enforcement proceedings.

As shown by our theoretical and legal analysis of the normative substantiation of the prosecutor's legitimate participation in the judicial review of cases of economic nature, the separate provisions of Article 23 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" do not fully correspond with the procedural rights determined by the CPC, and in some cases contradict them.

Article 24 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" introduced the peculiarities of the implementation of certain forms of representation of interests of a citizen or a state in court, according to which the right to file a claim (application, filing) in the civil, administrative, commercial court procedure is granted to the Procurator General, his first deputy and his deputy, heads of regional and local prosecutor's offices, their first deputies and deputies (part 1).

The right to file an appeal or cassation appeal against a judgment in a civil, administrative or commercial case shall be granted to the prosecutor who participated in the trial, as well as regardless of the participation in the hearing of the higher-level prosecutor: the Procurator General, his first deputy and deputies, and heads local prosecutors, first deputies and deputy heads of regional prosecutors' offices (part 3).

The right to file a statement for review of a judgment in newly discovered circumstances, a petition for review of a judgment by the Supreme Court of Ukraine in a civil, administrative, commercial case shall be vested in the Procurator General, his first deputy and deputies, heads of regional prosecutor's offices (part 4) of the commented article.

Considering the abovementioned, as well as taking into account the provisions of Article 29 of the CPC (last updated 15.12.2017), it is appropriate to note some positive elements that the legislator eliminated clearly inappropriate to the economic process of action. Thus, in determining the legal specification of the prosecutor as a participant in the commercial process, it was revealed incorrect reference to the powers of the prosecutor, contained in Article 29 of the Commercial Procedural Code of Ukraine.

For example, this article made reference to the fact that a prosecutor, in order to represent the interests of a citizen or a state in an economic court (regardless of the form in which the representation is made), must substantiate the existence of grounds for such representation provided for in paragraphs 2 or 3 of Article 25 of the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office”. In this case, such a reference was incorrect, since the said article defined the prosecutor’s powers to supervise the observance of the law by the bodies conducting investigative activities, inquiries, pre-trial investigation, and there was no part of the third one.

It should be noted that certain provisions of the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office” have not been brought into conformity with the current legislation.

In particular, Article 24 states there are rights of certain prosecutors to file an application for review of a court decision in newly discovered circumstances, an application for review of a court decision to the Supreme Court of Ukraine. However, the current legislation, namely Article 17 (Judicial System) of the Law of Ukraine “On Judicial system and status of judges” provides that the highest court in the judicial system is the Supreme Court (Part 2).

2. Generalized scientific approaches, opinion of the Constitutional Court of Ukraine and the ECHR in understanding the status of prosecutors in commercial litigation

The generalization of our theoretical and practical framework on the issues raised gives us grounds to conclude that the legal bases of the prosecutor’s entry into the commercial process can be conditionally divided into subjective and objective. In the first category, in our opinion, we should include the possibility of participation in commercial processes, when the prosecutor personally sees the legitimate grounds for such representation. The deterrent element in preventing a prosecutor from illegally using his powers as a party to a commercial dispute is the possibility of bringing

him to the statutory liability and the court's assessment of the lawfulness of entering into a commercial case.

In the second category, we include the right of the prosecutor to file lawsuits concerning the interests of the state or other persons and is not dependent on the will of the prosecutor. They can be considered, for example, filing a petition for review of the case in the newly discovered circumstances, as well as representing the interests of the state as a clearly formed imperative component among other functions of the prosecutor's office.

An analysis of scientific intelligence and case law on the issue indicated that science and practice had not fully found consensus in approaches to understanding the prosecutor's procedural status. In this view, the normative framing of this issue is ruled by the decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Supreme Arbitration Court of Ukraine and the Prosecutor General's Office of Ukraine on the official interpretation of the provisions of Article 2 of the Arbitration Procedure Code of Ukraine (case on representation of the State Prosecutor's Office in the Arbitration Court). The Constitutional Court of Ukraine notes that the provisions of the fourth part of the first article of Article 2 of the Arbitration Procedure Code of Ukraine in the context of paragraph 2 of Article 121 of the Constitution of Ukraine should be understood so that prosecutors and their deputies submit claims to the arbitration court in the interests of the state and not in the interests of enterprises, institutions and organizations regardless of their subordination and ownership.

Under the representation of the Prosecutor's Office of Ukraine the interests of the state in the arbitral tribunal within the meaning of paragraph 2 of Article 121, of the Constitution of Ukraine, and Articles 2 and 29 of the Arbitration Procedure Code of Ukraine, it is necessary to understand protection of the interests of the state.

These actions include the filing of a statement of claim by the prosecutor, his participation in the trial of the statement of claim, as well as in the consideration of the court of any other case on the initiative of the prosecutor or by the court, if necessary to protect the interests of the state.

The Constitutional Court of Ukraine also clarifies that the "interests of the state" is an appraisal concept, the prosecutor or his deputy in each case independently determines with reference to the law under which the claim is made, in what exactly the violation of material or other interests occurred of the State, substantiates in the statement of claim the need for

their protection and designates a body authorized by the state to perform the respective functions in the disputed relations⁶.

The above provision in the decision of the Constitutional Court of Ukraine is fully consistent with the current state of commercial procedural legislation, which has undergone significant changes for two decades. This implies that approaches to understanding the procedural status of the prosecutor in the commercial process of representing the state have remained unchanged.

The analyzed array of information about the scientific work on this issue distinguishes several basic directions, according to which the prosecutor's office of Ukraine represents the interests of the state in court as one of the types of representation in court, which differs from other types of representation by a number of specific features. To them, scientists include: the composition of representatives and the range of subjects whose interests they represent, the scope of powers, forms of their implementation.

Proponents of the first line, among whom there are O. Zadniprovskiy⁷ and S. Fursa⁸ consider representation by the prosecutor of interests in court as a procedural representation in the case of inherent features, which is little different from classical procedural representation.

This vision of the problem raised is supported by T. Dunas⁹, M. Mychko¹⁰ and V. Valiukh¹¹.

While analyzing the above legal positions, let us express our views on this issue. We consider that those scholars who disagree with such a statement of the problem and, as arguments, point out the difference between the legal status of a lawyer as a solicitor, a citizen and a prosecutor, that the prosecutor is always a representative of the so-called public authority a very important circumstance. We believe that the subjective defense is always the subjective

⁶ Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р. *Офіційний вісник України*. 1999. № 15. Ст. 614.

⁷ Задніпровський О. Права прокурора у світлі нової Конституції України. *Право України*. 1997. № 1. С. 72–73, 110.

⁸ Фурса С. Теоретичні аспекти правового та процесуального становища прокурора в цивільному судочинстві. *Право України*. 1998. № 12. С. 68–70.

⁹ Дунас Т.О., Руденко М.В. Прокурор в цивільному процесі України: Сутність, завдання, повноваження: навчальний і науково-практичний посібник / за наук. ред. М.В. Руденка. Харків, 2006. 340 с.

¹⁰ Мичко М.І. Функції та організаційний устрій прокуратури. Донецьк: Донеччина, 2001. 272 с.

¹¹ Валух В. Актуальні проблеми представництва прокурором інтересів громадянина або держави у господарському суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 4. С. 92–96.

right of the individual in the broadest interpretation of the matter, since only subjective interest is at the root of any dispute, including business.

Representatives of another concept consider representation of interests by the prosecutor in court as a special subaspect of representation by law. One of the arguments that some supporters of this concept substantiate their vision for is the position of the Supreme Court of Ukraine, is set out in the Resolution of March 2, 2010 in Case № 21-2368Во09. This document states that a prosecutor in administrative proceedings carries out a legal representation, the peculiarity of which is that the legal representative independently (without a power of attorney), on the basis of the law, carries out the procedural rights and obligations of the party or third person, which he represents, acting in its interests, which, however, do not affect the general rules of representation. Defending their scientific position, representatives of such a direction entitles the prosecutor with procedural rights of the party in the process.

I.V. Zabolotska notes that the main arguments of the proponents of this view are that the prosecutor who filed the claim or brought the case is, above all, the subject of evidence, who possesses the same procedural rights as the subjects of the disputed legal relationship, as well as links to correctly identify the subject of the dispute and prove your legal position¹².

We consider that the prosecutor who has entered into the commercial process acquires an unconditional status of a party to the dispute, that is, it is fully covered by the provisions of Article 42 (Rights and Obligations of the parties to the case) and 46 (Procedural Rights and Obligations of the Parties) of the CPC.

According to M.M. Stefanchuk, adoption of the Law of Ukraine “On the Prosecutor’s Office” (2014) and amending the procedural legislation substantially reform the mechanism of implementation by the Prosecutor’s Office of Ukraine of the function of representing the interests of the citizen or the state in court, which necessitates additional studies of general methodological issues of legal status the act of exercising the function of representing the interests of a citizen or state in court¹³.

At the same time, our study will not be complete enough without highlighting the practice of international human rights institutions, first of all, the European Court of Human Rights (hereinafter referred

¹² Заболоцкая И.В. Доказательная деятельность прокурора. *Закон и право*. 2000. № 1. С. 29–30.

¹³ Стефанчук М.М. Напрями вдосконалення процесуального статусу прокурора як суб’єкта реалізації функції представництва інтересів громадянина або держави в суді. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. № 2. С. 115–121.

to as ECHR), in the chosen approaches to assessing the involvement of the prosecutor in the judicial process which are the sources of law for Ukraine, which is explicitly set out in Article 17 of Law № 3477-IV and Part 4 of Article 10 of the CPC of Ukraine, shows that the ECHR's position regarding the evaluation of the prosecutor's participation in the trial is filled with a number of reservations. This is evidenced by our logical and legal analysis of the ECHR Judgment of 15.01.2009 in the case *Menchinskaya v. Russia* (Application № 42454/02) where the court indicated such circumstances:

30. The Court reiterates that the principle of equality of arms is one element of the broader concept of fair trial, within the meaning of Article 6 paragraph 1 of the Convention. It requires "a fair balance between the parties": each party must be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent...

32. The Court reiterates that since a prosecutor or comparable officer, in recommending that an appeal on points of law should be allowed or dismissed and thereby became the ally or opponent of the parties, his participation is likely to create a feeling of inequality to a party¹⁴.

It follows from the foregoing that the main objection to the role of the public prosecutor in the judicial process is the hypothetical threat to the equality of the parties, since such a situation may lead to a narrowing of the concept of a fair trial within the meaning of paragraph 1 of Article 6 of the Convention. The position expressed by the ECHR is brought about by the creation of a substantial inconvenience for it (the party on which the prosecutor acts or the fact of the prosecutor's involvement as a party) compared to the other party.

CONCLUSIONS

We are convinced that the situational assessment of the provisions cited as an example of the ECHR's decision cannot fully and objectively attest to the procedural status of the prosecutor in the commercial process, since it is a general understanding of the state representative's own involvement in the trial. If such a position seems to be acceptable for the civil process, then a properly authorized person should be involved for the representation of the state in the judicial process in order to defend and protect the state interests.

¹⁴ «Менчинська проти Російської Федерації» (*Menchinskaya v. Russia*) (скарга № 42454/02). URL: <http://C:/Users/User/Downloads/001-90620.pdf>. (дата звернення: 09.02.2020).

We also believe that the principles of justice set out in the Constitution of Ukraine and the relevant provisions of the procedural codes of Ukraine guarantee that the parties have a fair legal equilibrium in the judicial process. The basis for such a conclusion is the norms, for example, of the Commercial Procedural Code of Ukraine, in particular, Article 86 (Evaluation of evidence), according to which the court evaluates the evidence on its own belief, based on a comprehensive, complete, objective and direct examination of available in the case evidence (part 1).

Pursuant to paragraph 2 of this article, no evidence has a pre-established force for the court. The Court assesses the appropriateness, admissibility, credibility of each evidence individually, as well as the sufficiency and correlation of the evidence in its totality [CPC].

Such a conclusion is fully justified given that the title and position of the parties do not matter to the court. The court evaluates the evidence provided by the case participants in accordance with the law.

At the same time, the current legislation requires substantial rethinking and reformatting of the ways of scientific search through the established constitutional order in the approaches to the role and status of the prosecutor in the economic process. Thus, in accordance with the provisions of paragraph 3 of Part 1 of Article 131-1 of the Constitution of Ukraine, the Prosecutor's Office carries representation of the interests of the state in the court of exceptional cases and in the manner specified by law [Constitution].

The key elements in approaches to the theoretical and practical elaboration of this problem, in our opinion, are the notions of "exceptional cases" and "the order established by law". These concepts are those normatively defined limits of professional "intervention", which contain a correct essential understanding of the problem raised.

The article deals with the peculiarities of the procedural status of the prosecutor in the commercial proceedings. Based on the results of the theoretical and legal analysis of the legislation in force in Ukraine, as well as taking into account individual decisions of the European Court of Human Rights, the elements of the prosecutor's legal specification are identified. The author's definition of the concept of "legal specification" is provided.

The application of certain general scientific special methods (comparative, historical, abstraction methods, method of logical approach, etc.) made it possible to carry out author's research of legal processes, which are indispensable to a deep theoretical and legal understanding of the instruments of realization of the subjective right to defense.

Conducted theoretical and legal generalization of scientific views and jurisprudence on the grounds for involving the prosecutor in the litigation allowed to distinguish a number of factors that cause well-founded discussions among the representatives of science and participants in the trial. Attention is drawn to the reservations made in the separate judgments of the European Court of Human Rights regarding the maximum limitation of the involvement of a prosecutor in litigation.

Considering the results of the logical and legal analysis of the statutory instruments that regulate the activity of the court in the broadest sense, we provide a number of opposing generally accepted scientific and legal position of the facts regarding the alleged excessive legal pressure in the presence of the prosecutor, as well as the hypothetical pressure on the court. We argue that Ukraine is a rule of law in which the constitutional guarantees of the independence of the court are duly provided, first of all, that no evidence has a pre-established force for the court (Part 2 of Article 89 of the Civil Procedure Code, Part 2 of Article 86 of the Commercial Procedural Code, part 2 of Article 90 of Code of Administrative Judicial Procedure of Ukraine). If we accept the assumption of the role of the prosecutor in the judicial process as a factor of inequality, we must admit that the independence of the judge and the subordination of the rule of law to the court cannot be discussed.

SUMMARY

Choosing by Ukraine a European model of development leads to a profound and comprehensive transformation of the whole system of Ukrainian lawmaking and law enforcement. Thus, there is a growing practical and scientific interest to legal institutions that are assigned by law with the role of state-enforced coercive instruments to protect the rights and interests of legal entities involved, including economic entities.

The notion of the prosecutor's exceptional importance in litigation, obtained as a legacy from the Soviet regime, significantly discredits this institution, and places it in a position counter to the generally accepted notion of service to the people and the state. All of the abovementioned stipulates the necessity of concentrating the efforts of the law-making bodies on the path of full legal integration and adaptation of the prosecutor's office to the needs of the society, as well as the affirmation of its role as an impartial participant in solving conflicts of different branches of law.

Based on the published scientific work, monitoring of the legislation and practice of the European Court of Human Rights, a theoretical and legal analysis of the procedural status of a prosecutor in a commercial court as well

as the legal characterization of this participant in the trial have been made. The table comparing the current and previous versions of the Commercial Procedural Code of Ukraine clearly demonstrates a significant narrowing of the procedural rights of the prosecutor in the commercial process that definitely prevents one of the basic constitutional tasks – to represent the interests of the state in court.

REFERENCES

1. Григорчук М.В. Правова характеристика як оціночна категорія у підходах до розуміння процесуального статусу суб'єктів захисту прав учасників господарських відносин. *Право і суспільство*. № 5. 2019. С. 18–23.
2. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 р. № 1798-XII / Верховна Рада України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 08.02.2020).
3. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1697-18> (дата звернення: 08.02.2020).
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рада Європи. Ратифікація, підстава 475/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_004 (дата звернення 08.02.2020).
5. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих акті : Закон України від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 08.02.2020).
6. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991р. № 1798-XII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/ed20170803> (дата звернення: 08.02.2020).
7. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07 липня 2010 р. № 2354-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2453-17> (дата звернення: 08.02.2020).
8. Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р. *Офіційний вісник України*. 1999. № 15. Ст. 614.
9. Задніпровський О. Права прокурора у світлі нової Конституції України. *Право України*. 1997. № 1. С. 72–73, 110.
10. Фурса С. Теоретичні аспекти правового та процесуального становища прокурора в цивільному судочинстві. *Право України*. 1998. № 12. С. 68–70.

11. Дунас Т.О., Руденко М.В. Прокурор в цивільному процесі України: Сутність, завдання, повноваження : навчальний і науково-практичний посібник / за наук. ред. М.В. Руденка. Харків, 2006. 340 с.

12. Мичко М.І. Функції та організаційний устрій прокуратури. Донецьк : Донеччина, 2001. – 272 с.

13. Валюх В. Актуальні проблеми представництва прокурором інтересів громадянина або держави у господарському суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 4. С. 92–96.

14. Постанова Верховного Суду України від 2 березня 2010 р. у справі № 21-2368. URL: <https://www.reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 09.02.2020).

15. Заболоцкая И.В. Доказательная деятельность прокурора. *Закон и право*. 2000. № 1. С. 29–30.

16. Стефанчук М.М. Напрями вдосконалення процесуального статусу прокурора як суб'єкта реалізації функції представництва інтересів громадянина або держави в суді. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. № 2. С. 115–121.

17. «Менчинська проти Російської Федерації» (Menchinskaya v. Russia) (скарга № 42454/02). URL: <http://file:///C:/Users/User/Downloads/001-90620.pdf>. (дата звернення: 09.02.2020).

Information about author:

Hryhorchuk M. V.,

Candidate of Law Sciences,
Associate Professor of the Department
of Public Law Disciplines
“KROK” University
30 – 32, Tabyrna str., Kiev, Ukraine

EUTHANASIA AS LEGAL AND BIOETHICS CATEGORY

Hromovchuk M. V., Byelov D. M.

INTRODUCTION

The term “euthanasia” introduced the English philosopher F. Bacon to indicate mild and painless death. In modern science, euthanasia is understood as deliberate acceleration of mild death terminally ill individual with the aim of ending his suffering and torment; in other words, euthanasia – an action or inaction aimed at putting an end to the life of a terminally ill person, meeting his own desire and performed by a doctor or other disinterested person.

The relevance of the study of the problem of euthanasia due to a number of circumstances: contradictions between the previously used criteria for determining a person’s death and its new scientific understanding caused by the successes of modern resuscitation, between the cultural and religious traditions of society considering euthanasia like murder or suicide, and an increasingly recognized human right in certain cases do not continue your suffering; imperfection legislation (on the one hand, a ban on euthanasia without dividing it into active and passive is expressed in Article 45 of the Law “Fundamentals of Legislation on protection of the health of citizens of the Russian Federation”, on the other, according to Art. 33 of the same “Fundamentals, the patient can refuse any medical action); methodological lack of development of this issue (in the traditional there is no category of incurable medicine sick”; the main goal of medicine is to maintain health, cure diseases, while in patients the category in question this goal cannot be implemented), etc.

The results of the study showed that in the domestic public discourse is absent even relative consensus on the issue of the legitimacy of euthanasia. So, according to a survey conducted by the POF, 32% supported the idea of euthanasia and exactly the same amount against her. More than those who found it difficult to answer this question (36%). To the question, could respondents request euthanasia under certain circumstances, 27% replied positively, 35% – negatively, and 38% found it difficult to answer.

The religious view of euthanasia is more categorical than public opinion, but also ambiguous. Christianity mainly advocates against euthanasia. According to the Islamic Code medical ethics, “the requirement to kill in order to reduce suffering, rejects”, but the Code does not consider

it necessary to artificially maintain life in a body with a dying mind. In 2005 The Knesset of Israel passed a law that allows terminally ill patients to demand that doctors stop their torment. Judaism stands for not to prolong life artificially: salvation from pain is not in itself an excuse for killing, but doctors are not required make the patient suffer even more, artificially prolonging his life.

Thus, in a religious context if we can talk about the possibility of euthanasia, then only about the passive – in the form of discontinuation of maintenance therapy. Active euthanasia involves actions that lead to the soonest death. The following active forms are distinguished euthanasia: 1) death from compassion; 2) voluntary active euthanasia; 3) suicide with the help of a doctor. In the 2nd and 3rd cases, consent (or even requirement) is decisive the most ill. In the 2nd case the doctor at the request the patient makes him a lethal injection, and in the 3rd the doctor passes into the hands of the patient a means that allows him to commit suicide. For example, passive euthanasia is the doctor's self-elimination from treatment of the patient and refusal of the latter from continuation of treatment. A form of euthanasia is also the case when the patient is discharged hopelessly ill, and the situation when the patient is doomed to die because of lack of medication or equipment.

The question of euthanasia arise in the situation of irreversible loss of functions of the brain, when a person is completely dependent on the apparatus of artificial support for life. In addition to active and passive euthanasia, voluntary, involuntary and involuntary euthanasia are distinguished. Voluntary euthanasia is carried out at the request of the patient or with the previously given consent, involuntary – without the consent of the patient, as a rule, who is unconscious; it is made by decision of relatives, guardians, etc. An example of involuntary euthanasia is the termination of life of “extra” people. This is the official name the eugenic program of the German National Socialists for sterilization, and later on the physical destruction of people with mental disorders who are mentally retarded and hereditarily burdened. Subsequently in a circle the persons who were destroyed were disabled persons with disabilities, as well as patients over 5 years.

Currently in Germany the concept of “euthanasia” is rarely used because it is discredited murders committed during Nazism. Individual authors distinguish between direct and indirect euthanasia, which reflects the motivation of professional decisions of the doctor. Direct

euthanasia – when the doctor intends to reduce patient’s life; indirect – when the death of the patient is accelerated as an indirect (by-effect) consequence of the doctor’s actions toward another goal. As a rule, we are talking about increasing doses of painkillers (opioids), resulting in a shorter life of the patient. The modern understanding of euthanasia includes a whole complex of interrelated aspects, among which usually distinguish biological-medical, moral-moral, legal, religious. The biological-medical aspect of the problem lies primarily in the establishment categories of patients in relation to which the possibility of application may be considered euthanasia. At the center of the ethical aspect is question: Is it morally and merciful at all to interrupt the life of even a severely suffering person? Shouldn’t such action be considered ordinary murder? Does the idea of euthanasia itself not contradict the very essence of the medical profession, which is designed to preserve rather than lose life? Legal the problem is the need to develop a legal procedure for euthanasia in the event that this act is authorized by law. The religious aspect, which is essential for believing patients, is characterized by a solution that is unambiguous for all faiths: life, however difficult, is given to a person above, which deprives him of his right to forcibly interrupt him.

1. Euthanasia as international category

In international law during the last for years, the issue of euthanasia remains highly relevant, primarily as a result of increased interest in euthanasia in the legal doctrine and practice of some states. How often it is it is the source of a legal model of behavior in international human rights regulation is national law. Today this one the fact is recognized by all international human rights bodies, and therefore more fully analysis should also refer to the national laws of individual states. Among the international legal acts that regulate the right to life and thus are involuntarily relevant euthanasia include, in particular, the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, European Convention for the Protection of Human Rights human rights and fundamental freedoms of 4 November 1950 (as amended), certain international documents of medical associations, and namely the 1997 Council of Europe Convention on the Protection of Rights and human dignity in relation to the application of biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, as well other legal acts. However, the issue of euthanasia has not been settled directly in international law, though in 1987. The 39th World Medical

Assembly in Madrid has adopted the Declaration of Euthanasia. The text of the document says: "Euthanasia, as an act deliberately depriving a patient of his life, even at the request of the patient himself or at the request of his relatives, is not ethical. Not eliminates the need to respect the doctor's desire the patient does not interfere with the course of the natural process of dying in the terminal phase of the disease".

Today, euthanasia is used in many countries, whether or not permitted by law. There are a number of countries where euthanasia is legalized and widely used. The pioneer in the legislative consolidation of the right to euthanasia is the state of California in the United States, where in 1977 was adopted Law on the Human Right to Death. Following California's example, euthanasia was allowed in Oregon, subject to a number of prerequisites and careful controls. Suicide at medical assistance is not specifically prosecuted or punished under the laws of the states of North Carolina, Utah, Wyoming. Interesting is the practice of Indiana: on its territory operates a so-called life covenant in which the patient officially confirms his will to ensure that his life did not continue artificially by in certain circumstances.

International law should specifically regulate euthanasia, they must specify who to whom the way in which circumstances and on what grounds can exercise or promote the human right to "easy death". International law, as well as the national law of the states, faces problems that are impossible to properly inadequate assessment of what is happening, patients who are in a very serious condition. Given the above factors, international practice, and the fact that, at the present stage, the development of medicine allows actively combat pathological conditions that have not yet been treated it has been quite problematic for a long time, I think it is necessary to establish in international law the rules that would regulate the issue euthanasia. In this case, the right to euthanasia is regulated, understand the enshrining in international legal acts of prohibition "Murder at the request of the patient", but also predicting the list conditions and features of euthanasia in some exceptional cases.

The Council of Europe Committee on Bioethics has conducted research on euthanasia in the States Europe and presented its results in the document "Questions and Answers on Euthanasia" by January 20, 2003. In countries that have already legalized euthanasia, there are not even clear criteria definition of this concept, not to mention on the delineation of euthanasia by species. The question of whether who is eligible for euthanasia. Sometimes it is doctor, application approved by the patient, but it's basically the third,

uninterested person. There are also differences about this one who has the right to ask for euthanasia. The age of the person, their mental state, legal capacity and diagnosis. It is equally important and the question of the validity of the request for euthanasia in writing or orally.

Decriminalization of euthanasia, as stated by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) in a document dated 10.09.2003, will allow to control this process and limit it with clear the scope of the law. Because only controlled procedures and clear rules of application euthanasia will put an end to an arbitrary system, existing in many European countries.

On January 25, 2012, the PACE adopted a resolution (1859) “Protecting the Rights and Dignity of the Person of taking into account the previously expressed wishes of the patient”, which stated that “euthanasia, as premeditated murder, by action or the inaction of an incapacitated person in his or her best interests should be prohibited.” This resolution seeks to determine principles to be applied in Europe, such as the “covenant for life” or “early guidance”. Previously PACE in the recommendation (1418) “On the Protection of Human Rights and Dignity terminally ill and dying” insisted on the “prohibition of intentional deprivation life of terminally ill or dying person.” PACE and Council of Europe member states continue to condemn euthanasia and assisted suicide.

2. Euthanasia as category of law science

For many years, the issue of euthanasia has got a mixed reaction in society. The term “euthanasia” was introduced in XVI century by an English philosopher F. Bacon who discussing the purpose and tasks of medicine in his paper “On the Dignity and Advancement of Learning” focused on the issue of incurable diseases¹. Furthermore, M. Koval, referring to H. Tereshkevych, marks that originally, in medicine, the term “euthanasia” meant loving help to a person who is dying, a desire to reduce his/her patience and fear. Subsequently, the term got a radically different meaning than F. Bacon’s interpretation – the care of the terminally ill persons or people who are knocking on heaven’s door².

Nowadays, “euthanasia” means completely negative and opposite concept than F. Bacon proposed. For this very reason, one can observe numerous disputes between medical workers, lawyers, psychologists, as well

¹ Коваль М.І. Контрміра евтаназії – паліативне лікування. *Вісник соціальної гігієни та організації охорони здоров’я України*. 2015. № 3 (65). С. 55.

² Терешкевич Г.Т. Основи біоетики та біобезпеки: підручник. Тернопіль: ТДМУ, 2014. 400 с.

as religious leaders. Thus, according to some modern scholars, an attitude to death serves as a standard, indicator and characteristic of civilization, but when one looks at modern society, one observes that it represses death from the collective consciousness; the society acts as if nobody dies, and the death of the individual leaves no marks in the social structure. Moreover, in the most developed and democratic countries of the world, the death of a person is perceived as a matter of doctors and business people who deal with funeral service³.

Euthanasia, as a medical procedure, is applied to patients whose biological death is inevitable and who feel severe physical sufferings while dying. There is another category of patients – persons who are in a persistent vegetative state. At the same time, the problem concerned has the other side. Many scholars are a bit apprehensive that a formal solution to this problem may become a kind of brake for the search for more effective means of diagnosis and treatment of acute patients. It is beyond the argument that a physician shouldn't bow to a patient wishing to use this procedure. It is permissible only in exceptional cases, that is, when there are no chances for a cure and protracting a person's life, one foredooms him/her to sufferings.

In the context of the above, we fully share M. Koval's statement that "at the same time, there cannot be two true or objective laws in the world. The truth does not need confirmation of another truth as the truth is absolute. The voice of nature originating from the Law of the Lord says "You shall not murder" (Exodus 20:13). However, the scholar says that along with the law, there is anti-law which always seeks to falsify its truth and denies the truth of the law. There is the same situation with euthanasia. The modern stage of reforming healthcare in Ukraine involves extending the bioethical knowledge of a young physician or pharmacist to form his/her moral, ethical and deontological mentality to evaluate events and phenomena from the standpoint of absolute, eternal and unchanging universal humanistic values"⁴.

³ Коротких К.С. Эвтаназия как философско-правовая проблема. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2012. № 4 (14). С. 141–149.

⁴ Коваль М.І. Контрміра евтаназії – паліативне лікування. *Вісник соціальної гігієни та організації охорони здоров'я України*. 2015. № 3 (65). С. 54.

3. Euthanasia and bioethics: correlation issues

A terminally ill patient should be treated differently than other patients. However, there are no any legal documents which regulate a physician's actions towards a dying patient, and they can't be. Most scholars tend to think that above all, one should follow the ethical principles enshrined in the Hippocratic Oath as well as the recommendations of the World Medical Association Declaration of Helsinki⁵.

However, when analyzing the issues of medical and legal aspects of euthanasia, it is also essential to pay attention to the category "bioethics". Modern international documents on medical ethics (bioethics) developed by the World Medical Association, the Council of Europe, the World Health Organization, UNESCO, World Psychiatric Association etc. include more than one hundreds of pages. Thus, let's consider extracts from the documents of the World Psychiatric Association:

– "Joining medical community: I solemnly pledge myself to consecrate my life to the service of humanity... I will maintain the utmost respect for human life from the time of conception... I will respect the secrets that are confided in me, even after the patient has died" (WMA Declaration of Geneva, 1948, 1968, 1983, 1994).

– "A physician shall be dedicated to providing competent medical service in full professional and moral independence, with compassion and respect for human dignity. A physician shall not allow his/her judgment to be influenced by personal profit or unfair discrimination" (International Code of Medical Ethics, 1949, 1968, 1983).

– "The patient has the right to accept or refuse treatment after receiving adequate information. The patient is entitled to humane terminal care and to be provided with all available assistance in making dying as dignified and comfortable as possible" (WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient, 1981, 1955).

– "The physician may relieve suffering of a terminally ill patient by withholding treatment with the consent of the patient or his immediate family if unable to express his will" (Declaration of Venice on Terminal Illness, 1983).

– "Euthanasia, that is the act of deliberately ending the life of a patient, even at the patient's own request or at the request of close relatives, is unethical. This does not prevent the physician from respecting the desire of a patient to allow the natural process of death to

⁵ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_005.

follow its course in the terminal phase of sickness” (WMA Resolution on Euthanasia, 1987).

– “The care of terminally ill patients with severe chronic pain should provide treatment that permits these patients to close their lives with dignity and purpose. It is incumbent on the physician and on all others who care for the dying patient with severe chronic pain to understand... the needs of the patient, family and friends” (WMA Statement on the Care of Patients with Severe Chronic Pain in Terminal Illness, 1990).

– “Physicians played a prominent role in the elderly abuse movement by defining and publicizing the problem... Once high-risk individuals and families have been identified, physicians can participate in the primary prevention of maltreatment by making referrals to appropriate community and social service centres” (WMA Declaration of Hong Kong on the Abuse of the Elderly, 1989, 1990).

– “Patients with AIDS and those who test positively for the antibody to the AIDS virus must be provided with appropriate medical care... Physicians have a long and honored tradition of tending to patients afflicted with infectious diseases with compassion and courage. That tradition must be continued throughout the AIDS epidemic (WMA Statement on the Professional Responsibility of Physicians in Treating Aids Patients, 1988; WMA Interim Statement on AIDS).

– “Physicians treating hunger strikers are faced with the following conflicting values: moral obligation on every human being to respect the sanctity of life <...> physicians should respect individuals’ autonomy... Ethical conduct: <...> any treating provided to the patient should be approved by him... Artificial feeding: when the hunger striker has become confused and is therefore unable to make an unimpaired decision or has lapsed into a coma, the physician shall be free to make the decision for his patient as to further treatment which he considers to be in the best interest of that patient, always taking into account the decision he has arrived at during his preceding care of the patient during his hunger strike” (WMA Declaration on Hunger Strikers, 1992).

– “To be sure, the individuals involved were seriously ill, perhaps even terminally ill, and were wracked with pain... Furthermore, the individuals were apparently competent and made their own decision to commit suicide... In other instances the physician has provided medication to the individual with information as to the amount of dosage that would be lethal... Physician-assisted suicide, like euthanasia, is unethical and must

be condemned by the medical profession” (WMA Statement on Physician-Assisted Suicide, 1992).

– “It is unethical for physicians to participate in capital punishment that is not a problem for physicians to pronounce death” (WMA Resolution on Physician Participation in Capital Punishment, 1981).

However, despite a significant number of regulations related to euthanasia, studies conducted in the US and the Netherlands indicate that only a third of requests on life termination using euthanasia are caused by insufferable pain of a patient⁶.

A scholar A. Panishchov⁷ provides several examples where euthanasia supporters under the slogan of assistance in its implementation killed healthy people. Thus, in the USA, in 1956 Jack Kevorkian, who is called “Doctor Death”, substantiated the expediency of euthanasia introduction. In 1989, he constructed a so-called “suicide machine” which assisted the death of more than 120 persons. In December 2000, a group of physicians stated that J. Kevorkian used it in the cases not related to terminal illnesses. According to this conclusion, 75% of patients treated by Death Doctor with mild death were patients who were not incurable, and 5% of them were healthy.

Another example is H. Shipman, who was a life-sentence prisoner for the murder of 15 patients. During the investigation, it was proved that the physician committed the first murder in 1984. When he visited an older woman suffering from joint pain, G. Shipman offered to give her an injection of an analgetic, the woman agreed, and the doctor administered her 30 milligrams of diamorphine (the medical term for heroin). Then he was observing as the victim was dying.

In January 2001, the UK Department of Health released a report suggesting that Mr. Shipman committed about 300 murders of patients during his many years of practice in Hyde, Manchester. Before leaving the home of a murdered patient, he usually took a little knickknack as a keepsake and always sent a sympathy card to relatives. H. Shipman was suspected when he had given Hyde’s former mayor an injection and then fabricated a will according to which a family physician inherited the wealth amounting £ 350,000.

⁶ Kebuladze B. Termination of Life on Request and Assisted Suicide. *European Scientific Journal*. December 2016. P. 424.

⁷ Панищев А.Л. Эвтаназия (дидактические материалы по биомедицинской этике). URL: <http://econf.rae.ru/pdf/2014/11/3806.pdf>.

It should be emphasized that in Europe, active euthanasia is permitted in three countries: the Netherlands since 2002, Belgium since 2002, Luxembourg since 2009 and the Swiss canton of Zürich since 2011⁸.

Thus, among many other judgments of the Netherlands Supreme Court, the attention is paid to the decision of 1984, which led to the recognition of voluntary euthanasia at the legislative level. The so-called “Alkmaar case” was about a 95-year-old woman who was terminally ill. A few days before her death, her health deteriorated significantly: she could neither drink nor eat and subsequently, she went faint. Regained consciousness, the woman begged her physician to end her life because she did not want to experience it again. The physician was convinced that day after day, the patient’s condition would worsen and decided to act according to the patient’s will. The Netherlands Supreme Court pointed out that although the actions of the physician were triggered by “force majeure”, which caused a conflict of duties: on the one hand, the physician shall alleviate the patient’s hopeless sufferings and, on the other, he has the duty to the law – to save a life. However, the physician had to provide a medical report that made it clear that the person had carefully considered the decision and allowed the patient to die with dignity. The case was taken to court in The Hague where the physician was declared not guilty.

At the same year, the Royal Dutch Medical Association marked that euthanasia might be allowable under certain circumstances. In the statement, it relied on the criteria on which courts had focused when deciding on euthanasia cases. In particular: 1) a patient should request for euthanasia, and the decision must be carefully considered and persistent; 2) a patient feels unbearable suffering (physical or mental), and if recovery is impossible; 3) a physician shall carry out euthanasia after counseling of independent expert, who is experienced in the area concerned.

Within a year (in 1985), the Netherlands State Commission on Euthanasia, which appealed to the Ministry of Welfare, Health and Culture, the Ministry of Justice to amend the Criminal Code on the part of euthanasia and assisted suicide, was established. The Commission proposed to amend the Criminal Code in such a way that deliberate termination of another person’s life at his/her request would not be a crime if it is performed by a physician towards a patient who is “in an unfavourable situation without prospects for recuperation”. The physician shall provide recommendations on minors,

⁸ Громовчук М.В. Право людини на життя: теоретичні та практичні засади. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 2. С. 38.

mentally disabled people, persons with disabilities and prisoners as well as on funeral procedures and death certificate, the non-involvement of others, except patients and physicians, in decision making and the preparation and dispensing drugs prescribed to end up. However, the proposal was not included in the Criminal Code.

Another factor that influenced the introduction of euthanasia at the legislative level in the Netherlands was the medical practice of physicians. After the adoption of court decisions in 1991, the Netherlands State Commission on Euthanasia headed by Prof. J. Rummelink published the international report “End-of-life decisions”, which included data concerning not only euthanasia but also other medical decisions that had caused a patient’s death⁹. The researches were conducted in 1990 by Dr. P. van der Maas from Erasmus University Rotterdam. The researches provide the data that euthanasia was applied to 2 300 persons that are 1.8% of the total death rate – 129 000 persons. It also involves 400 cases – suicides assisted by a physician (0.3% of all deaths). In 22 500 cases, patients died due to the discontinuation or refused treatment that caused the end of life. In 40%, the decision on the increase of the drugs doze to hasten the death was previously discussed with a patient, and in 73% of cases, patients were not able to make that sort of decision.

Therefore, the data provided in the report made it possible to conclude that in most cases of euthanasia, the patient showed the initiative to use it. The rest of the patients were terminally ill but were incapable of making that decision. Therefore, the consent for the euthanasia was provided by close relatives or family members. In most cases, according to the physician, the time hastening the death ranged from several hours to several days.

Another research conducted by G. van der Wald from the Medical Inspectorate of Health was based on private messages from physicians received confidentially. The research was published a year later and confirmed the findings of euthanasia report of the committee. Besides, statistics indicating that in 0.8% of all deaths, physicians prescribed or administered pharmaceutical drugs to terminate patients’ lives without their explicit request drawn attention. In most of these cases, death was inevitable as patients had an end-stage malignant tumour.

In 1990, the Ministry of Justice of the Netherlands and the Royal Dutch Medical Association developed a list of obligatory procedures while

⁹ Громовчук М.В. Право людини на життя: вибрані аспекти. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 2/1. С. 59.

exercising euthanasia, which would guarantee immunity from prosecution according to Arts. 293 and 294 of the Criminal Code of the Kingdom of Netherlands. The rules are based on the abovementioned proposals which were developed by the Royal Dutch Medical Association in 1984. Therewith, procedural issues concern the following points: a physician shall conduct euthanasia; before euthanasia, the physician shall consult with an independent expert (physician) who has experience in the area under consideration; the physician shall carry out the full written history of the case; it is necessary to notify the prosecutor's office on death as about euthanasia or physician-assisted suicide but not as about natural cause death.

In the case of notice about death as about a case of euthanasia or physician-assisted suicide, the physician shall complete a form including some questions about the death. Based on the form, it is analyzed the procedure of compliance with all requirements. Subsequently, the procedure of notification was introduced into the Dutch Law "On Burial and Cremation Act".

Thus, following research and discussion, on 1 June 1994, the amendments to Article 293 of the Criminal Code of the Kingdom of Netherlands came in force, which recognized euthanasia as a crime (but not a homicide) and are contained in Section XIX of the Criminal Code of the Kingdom of Netherlands "Violent crimes against life". Under Article 293 of the Criminal Code, a person who deprived another person of life at his/her express and sincere request shall be imprisoned for a term not exceeding twelve years or set a fine of the fifth category. Then, it is said that a person should not be punished if he/she is a physician and has committed a crime on the grounds of due care following Part 2 of "Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act" and who has informed the municipal forensic pathologist according to section 7 (2) of "Burial and Cremation Act".

At the same time, the natural evolution of the issue of euthanasia legalization, which took place in several European countries, came to an end on April, 2, 2002, when "Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act" of the Kingdom of Netherlands consolidated the right to assisted suicide and euthanasia. Under the conditions of the act, persons who have reached the age of 16 have the right to manage end-of-life independently. Individuals aged between 12 and 16 need the consent of parents or other legal to carry out this act. The physician conducting euthanasia must be sure that the patient's request

is independent, repeated and conscious, and the suffering of the person is long-lasting and unbearable. Moreover, it is obligatory to inform the patient about his condition and prospects for restoration. The decision on euthanasia is taken collectively by consensus, taking into account individual opinions. However, it should be noted that patients from other countries cannot come to the Netherlands for euthanasia – it is prohibited by law. The prohibition is substantiated by the fact that there must be a trusting relationship between the physician and the patient¹⁰.

Therefore, nowadays, euthanasia can only be used in the Netherlands if the following conditions are simultaneously met: 1) the patient's suffering is unbearable, and there is no chance for recuperation; 2) the patient's request for euthanasia must be voluntary and cannot be fulfilled within a certain time if the person is under the influence of drugs or other people, has a mental disorder; 3) the patient should be fully aware of his/her condition, prognosis and his/her rights; he/she should be acquainted with at least one independent physician who must confirm the patient's health condition (in practice, two physicians are involved); 4) euthanasia should be medically performed by a physician or a patient in the presence of the physician¹¹.

However, the issue of euthanasia runs to the absurd today. Thus, as Minister of Health Edith Schippers and Minister of Security and Justice Art van der Stehr reported in the Dutch media on October 13, 2016, in the Netherlands, the legislators are going to release a draft law according to which not only terminally ill persons but also all who consider “their life is terminated” can obtain permission for euthanasia.

CONCLUSIONS

Taking into account the provisions specified in the declarations, codes, statements and resolutions that directly relate to and regulate the activities of health workers while exercising their powers (medical practice), the authors can conclude that none of these documents provides provisions for the use of euthanasia as a primary duty of the physician. On the contrary, the medical professionals carry out their activities following the principles

¹⁰ Громовчук М. Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21–22 квітня 2017 р.). Ужгород. С. 17.

¹¹ Громовчук М. Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21–22 квітня 2017 р.). Ужгород. С. 18.

“do not to harm”, “to reduce suffering”, “to help”. However, based on the analysis of the medical practice considered in the article, it is clear that the use of euthanasia didn't follow the principles of help. Moreover, all relevant procedures for euthanasia use were not observed, and physicians' decisions were untimely and unjustified. For this very reason, this practice has led to the fact that the number of euthanasia applicants is increasing today, and the medical indicators for its use are leveled off. Not only people who are terminally ill and suffering but also mentally ill people or those who have depression request for euthanasia. Taking into account the above, the authors believe, the countries which are going to introduce euthanasia at the legislative level, first of all, should pay attention to those negative factors that have arisen during its long-term application, in particular, the experience of the Netherlands.

SUMMARY

Some aspects of the possibility of using euthanasia are covered. The author draws attention to the relation between the categories “euthanasia” and “bioethics”. The emphasis has been placed on the legal and medical aspects of the applying of euthanasia, based on the practice of the Netherlands.

REFERENCES

1. Коваль М.І. Контрміра евтаназії – паліативне лікування. *Вісник соціальної гігієни та організації охорони здоров'я України*. 2015. № 3 (65). С. 54–58.
2. Терешкевич Г.Т. Основи біоетики та біобезпеки : підручник. Тернопіль : ТДМУ, 2014. 400 с.
3. Коротких К.С. Эвтаназия как философско-правовая проблема. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2012. № 4 (14). С. 141–149.
4. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_005/
5. Kebuladze B. Termination of Life on Request and Assisted Suicide. *European Scientific Journal*. December 2016.
6. Панищев А.Л. Эвтаназия (дидактические материалы по биомедицинской этике). URL: <http://econf.rae.ru/pdf/2014/11/3806.pdf>.
7. Громовчук М.В. Право людини на життя: теоретичні та практичні засади. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 2. С. 37–41.
8. Громовчук М.В. Право людини на життя: вибрані аспекти. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 2/1. С. 58–63.

9. Громовчук М. Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21–22 квітня 2017 р.). Ужгород. С. 15–21.

Information about the authors:

Hromovchuk M. V.,
Candidate of Law Science,
Associate Professor of the Department of Constitutional Law
and Comparative Law
SHEI “Uzhhorod National University”
3, Narodna Square, Uzhhorod, Ukraine

Byelov D. M.,
Doctor of Law Science,
Professor of the Department of Constitutional Law and Comparative
Law
SHEI “Uzhhorod National University”
3, Narodna Square, Uzhhorod, Ukraine

MODERN RESEARCHES:
PROGRESS OF THE LEGISLATION
OF UKRAINE AND EXPERIENCE
OF THE EUROPEAN UNION

Collective monograph

Part 1

Izdevniecība “Baltija Publishing”
Valdeķu iela 62 – 156, Rīga, LV-1058

Iespriests tipogrāfijā SIA “Izdevniecība “Baltija Publishing”
Parakstīts iespiešanai: 2020. gada 17. aprīlis
Tirāža 150 eks.