

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Збірник наукових праць*

Випуск 96



Видавничий дім  
«Гельветика»  
2022

Збірник розраховано на наукових працівників, викладачів, студентів юридичних вищих навчальних закладів і практичних працівників органів державної влади й місцевого самоврядування.

Редакційна колегія:

*д-р юрид. наук, проф. Г. І. Чанишева (головний редактор), д-р юрид. наук М. Р. Аракелян (заступник головного редактора), канд. юрид. наук О. В. Дикий (відповідальний секретар), д-р юрид. наук, проф. С. С. Андрейченко, д-р юрид. наук, проф. Л. Р. Біла-Тіунова, канд. юрид. наук В. А. Динту, д-р юрид. наук В. В. Дудченко, д-р юрид. наук, проф. Т. А. Латковська, д-р юрид. наук, проф. В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф. Г. О. Ульянова, д-р юрид. наук, проф. В. І. Фелик, професор права George A. Bermann (США), д-р юрид. наук, проф. Bernd Wieser (Австрія).*

Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet  
Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія»,  
протокол № 2 від 9 листопада 2022 року.

Свідоцтво про державну реєстрацію: КВ 19035-7825 ПР від 14.11.2011 р.

На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (додаток 1) збірник включено до Переліку наукових фахових видань України категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 262 «Правоохоронна діяльність», 293 «Міжнародне право»).

Сайт видання: [www.apdp.in.ua](http://www.apdp.in.ua)

УДК 342.98

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.1>*О. В. Болгар*

## ТИПОЛОГІЯ ПРАВОВІДНОСИН ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ В УКРАЇНІ

**Постановка проблеми.** Реалізація проголошеного Конституцією України пріоритету прав і свобод особистості зажадала створення ефективного механізму їх реалізації та захисту, що визначило найважливіші напрямки державно-правових перетворень. З проголошенням соціальної держави в суспільстві робиться заявка на рішучий крок до переходу від принципу «рівності можливостей» до принципу «рівності результатів». Створення умов реалізації проголошених Конституцією прав і свобод особистості вимагає її активної участі в соціальних і економічних процесах, що обумовлює потребу в радикальному системному оновленні правових форм, що опосередковують державно-владний вплив на інститути громадянського суспільства. Проведена в умовах трансформації економічної і політичної систем адміністративно-правова реформа не може бути зведена до оптимізації та адаптації існуючих правових механізмів державного управління стосовно нових умов, бо в основі її лежать принципово інші підходи до побудови нової системи взаємовідносин виконавчої влади та особистості, заснованої на ідеї забезпечення розумного балансу публічних і приватних інтересів. Різке скорочення сфер, що допускають можливість використання прямих адміністративних методів при істотному збагаченні функціональної ролі держави призвело до появи нових правових форм державного управління. На тлі структурно-функціонального реформування системи виконавчої влади особливої актуальності набула одна з форм її реалізації – державна реєстрація, яка знайшла своє застосування в усіх сферах державного управління (економіка, соціальна та адміністративно-політична сфери). Незважаючи на це, сутність і правова природа державної реєстрації як форми реалізації публічного адміністрування досі не стали предметом детального дослідження в юридичній літературі.

**Огляд останніх досліджень і публікацій.** Певним аспектам теоретико-правового дослідження державної реєстрації приділялась увага науковців різних галузей знань. Серед вчених-адміністративістів, які займалися дослідженням цієї проблематики, можна відзначити роботи таких науковців як: В. Авер'янов, О. Андрійко, Д. Бахрах, Ю. Битяк, Л. Біла-Тіунова, В. Вишняков, В. Галунько, А. Головач, І. Голосніченко, І. Задоя, С. Ківалов, В. Колпаков, Ю. Тихомиров, О. Шмалій, М. Шульга та ін.

Враховуючи динамічність адміністративного законодавства, а також досить швидкі темпи розвитку та реформування адміністративного права, багато наукових положень частково втратили свою актуальність. Таким чином, цілком обґрунтовано можна говорити про те, що сьогодні необхідним стає системне і фундаментальне дослідження теоретичних і прикладних проблем, пов'язаних з адміністративно-правовим забезпеченням державної реєстрації на основі новітніх теоретико-правових засад.

**Формулювання завдання дослідження.** Метою статті є дослідження типології правовідносин державної реєстрації в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Останнім часом проявляється тенденція до збільшення видів правовідносин, що обслуговуються інститутом реєстрації, і, відповідно, розширення меж сфери реєстраційного режиму. Цей процес рухається в двох напрямках: реєстрація тих видів правовідносин, які раніше були прерогативою державних органів і не потребували реєстрації (наприклад, реєстрація громадських формувань, засобів масової інформації) та з іншого боку, реєстраційний режим щодо тих сфер суспільного життя, що виникли у зв'язку з розвитком ринкових відносин (наприклад, реєстрація суб'єктів підприємницької діяльності, реєстрація об'єктів грального бізнесу тощо) [8].

Сфера дії державної реєстрації як одного з важелів державного регулювання є дуже широкою. У юридичній науці це питання вивчається відокремлено, стосовно до конкретних об'єктів, що підлягають реєстрації. Єдиної зведеної роботи в рамках адміністративного права, присвяченої інститутом реєстрації в цілому, досі немає. Є лише окремі роботи з деяких питань реєстрації громадян, реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, реєстрації прав на нерухоме майно, реєстрації товарного знаку, реєстрації прав на землю, ліцензування окремих видів діяльності та інші [4].

Виходячи з аналізу нормативної бази, а також тематичних юридичних джерел, було б корисно з метою однакового розуміння суті адміністративного інституту реєстрації провести класифікацію правовідносин, регульованих нормами цього інституту. Її можна провести по різних підставах:

- по об'єктах і суб'єктах, що підлягають реєстрації;
- по органах реєстрації;
- за характером реєстрації [5].

Подібна класифікація є класичною і зустрічається в роботах певних учених, які досліджують реєстрацію, а також суміжні з нею правові категорії.

Кожен з видів класифікацій сприяє визначенню цілей існуючого державного реєстраційного режиму. В рамках статті вважаємо за доцільне виділити види правовідносин, що обслуговуються інститутом реєстрації, оскільки це дає можливість краще усвідомити юридичну природу реєстрації як правового акту органу виконавчої влади.

Розглянемо кілька авторських поглядів на цю проблему.

Найбільш простою і зручною нам представляється класифікація, що надана Т. Коломоєць [3], яка виділяє наступні види об'єктів державної реєстрації:

1. Події.
2. Юридичні стани.
3. Дії.
4. Матеріальні об'єкти.

До перших відносяться такі події, як народження і смерть.

До других можна віднести такі стани, як:

- укладення та розірвання шлюбу;
- усиновлення (удочеріння);
- встановлення батьківства;
- зміна прізвища, імені, по батькові;

- виникнення, зміна і припинення правового статусу громадян та їх організацій;
- виникнення, зміна і припинення майнових і особистих немайнових прав;
- результати науково-дослідної та дослідно-конструкторської діяльності;
- проекти та програми технічної допомоги.

До третіх відносяться реєстраційні процедури таких дій, як:

- угода;
- ліцензія;
- цінні папери;
- нотаріальні дії.

Четверта група-матеріальні об'єкти:

- транспортний засіб;
- зброя та боеприпаси;
- поліграфія, засоби кольорового копіювання;
- небезпечні виробничі об'єкти;
- ліки та вироби медичної техніки;
- зразки виробів народних художніх промислів;
- контрольно-касові апарати;
- земельні ділянки;
- кіно- і відео-продукція;
- дактилоскопічна інформація;
- речовини, потенційно небезпечні для людини і навколишнього середовища;
- продукти харчування;
- технологічне обладнання для виробництва етилового спирту та алкогольної продукції;
- продукти генної інженерії;
- сорти рослин;
- племінні тварини.

Подібної класифікації по об'єктах реєстрації дотримується М. Гурковський [6]. Але така класифікація, на нашу думку, є неповною і не відображає всього різноманіття правового явища реєстрації.

Цікавою видається класифікація, запропонована В. Галуньком [2]. У своїй роботі автор робить спробу визначити загальний класифікаційний критерій видової належності державної реєстрації. Таким є публічний інтерес, взятий в його конкретному вираженні, в залежності від характеру, рівня і змісту.

На основі обраного критерію в роботі виділяються наступні види державної реєстрації:

- за характером публічного інтересу (публічно-функціональної спрямованості):

1) реєстрація, спрямована на охорону громадського порядку і забезпечення національної (державної) безпеки;

2) реєстрація регулятивно-управлінського характеру;

3) реєстрація, спрямована на забезпечення прав і свобод громадян;

- за рівнем публічного інтересу:

1) реєстрація, спрямована на реалізацію загальнодержавного інтересу;

2) реєстрація, спрямована на реалізацію інтересу органу місцевого самоврядування;

- за змістом публічного інтересу:

- 1) державна реєстрація в економічній сфері;
- 2) державна реєстрація в адміністративно-політичній сфері;
- 3) державна реєстрація в соціально-культурній сфері.

Дана класифікація дозволяє виявити функціонально детерміновані ознаки видів державної реєстрації, що дає можливість впорядкувати реєстраційні процеси і усунути внутрішні протиріччя в регулюванні реєстраційних відносин.

Запропоновану нами класифікацію правовідносин, регульованих нормами інституту реєстрації, можна розділити на два блоки.

Перший блок є типовим, проведеним з підстав, відповідних для класифікації будь-яких видів адміністративних правовідносин:

- за об'єктами і суб'єктами, що підлягають реєстрації;
- за органами реєстрації;
- за обов'язковістю реєстрації;
- за характером реєстрації.

Другий блок класифікації представлений специфічними ознаками, які притаманні саме інститутів реєстрації:

- за наявністю або відсутністю компенсації за реєстрацію;
- за юридичною силою норм, що складають інститут реєстрації;
- за часом дії документа про державну реєстрацію;
- за підвідомчістю прийняття рішення про визнання недіючим документа про державну реєстрацію.

Перший блок класифікації.

1. За суб'єктами, що підлягають державній реєстрації.

– Фізичні особи. Перш за все, це реєстраційний облік громадян за місцем перебування або місцем проживання; облік міграційного процесу громадян; облік чисельності населення, що проживає на певній території; правове становище іноземних громадян; військовий облік громадян (військовозобов'язаних); криміналістичні обліки громадян за описами ознак зовнішності, за відбитками пальців рук (дактилоскопічна реєстрація), за судимістю тощо.

– Юридичні особи та фізичні особи-підприємці. Правоздатність у обох категорій виникає з моменту державної реєстрації. У юридичної особи правоздатність припиняється в момент завершення її ліквідації. Правоздатність фізичної особи-підприємця припиняється, якщо вона подає заяву про анулювання реєстрації та виданого їй свідоцтва або з моменту винесення судом рішення про її неспроможність (банкрутство). В цьому випадку її реєстрація як фізичної особи-підприємця втрачає силу.

– Громадські та релігійні організації.

– Реєстрація в якості кандидата (у виборчому праві). Наприклад, реєстрація в якості кандидата в президенти України.

2. По об'єктах державної реєстрації.

– Події. Наприклад, до них відносяться такі події, як народження та смерть. Так як правоздатність громадянина виникає з моменту народження, реєстрація факту народження носить обліковий, вторинний характер, лише підтверджує юридичну подію появи на людини на світ. Ці події є незалежними від волі і свідомості людини.

– Право. До об'єктів державної реєстрації належать спеціальні права (з'являються у правовласника після реєстраційних відносин). Наприклад, права власності та інші речові права на нерухоме і рухоме майно. Потрібна обов'язкова реєстрація права на нерухоме майно, виключні права (патенти, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування). Реєстрація авторського права є державним підтвердженням і захистом такого права.

– Юридичні стани. Акти цивільного стану: укладення та розірвання шлюбу, встановлення батьківства, усиновлення тощо;

– Дії. До них відносяться реєстраційні процедури таких дій, як угоди, ліцензії, цінні папери, нотаріальні дії та інші.

– Матеріальні об'єкти. Найчисленніша група. Сюди можна віднести наступні об'єкти: транспортні засоби; зброя і боєприпаси; поліграфія, засоби кольорового копіювання; небезпечні виробничі об'єкти; ліки і вироби медичної техніки; зразки виробів народних художніх промислів; контрольно-касові апарати; земельні ділянки; кіно- і відео-продукція; речовини, потенційно небезпечні для людини і навколишнього середовища; продукти харчування; технологічне обладнання для виробництва етилового спирту і алкогольної продукції; продукти генної інженерії; сорти; найменування географічних об'єктів; племінні і домашні тварини.

3. Класифікація по органам, що здійснюють реєстрацію.

– Державні реєстраційні органи публічного адміністрування.

– Державні реєстратори.

4. Класифікація за обов'язковістю державної реєстрації.

– Обов'язкова державна реєстрація – єдиний доказ існування зареєстрованого права. Правосуб'єктність суб'єктів різних суспільних відносин виникає виключно з моменту державної реєстрації. При недотриманні цієї вимоги настає відповідальність відповідно до законодавства.

– Добровільна державна реєстрація необхідна переважно для повного та достовірного обліку відповідних об'єктів, підтвердження та визнання правоздатності суб'єктів у певних суспільних відносинах.

Державна реєстрація найчастіше носить обов'язковий характер. Іноді держава передбачає і необов'язкову (добровільну) її форму. Зокрема, державна реєстрація певних прав на нерухоме майно проводиться за бажанням їх власників. Таким чином, власники нерухомості звільняються від обов'язкової реєстрації своїх прав на неї. Однак при подальшому здійсненні угод з такою нерухомістю реєстрація прав на ці об'єкти є обов'язковою [11; 15].

Таким чином, обов'язкова державна реєстрація є єдиним доказом існування зареєстрованого права. Так, реєстрація громадян за місцем проживання або за місцем перебування є неодмінною. Правосуб'єктність суб'єктів підприємницької діяльності, як юридичних осіб, так і фізичних осіб підприємців, виникає виключно з моменту їх реєстрації. Тільки після цього юридичного акту вони мають легальне право входження в господарський оборот. При цьому в компетенцію уповноважених державних органів входить тільки перевірка дотримання умов, необхідних для створення нового суб'єкта права [16].

У ряді нормативних актів реєстрація передбачена «побічно», тобто без вказівки на її обов'язковість. Але на її обов'язковість вказує настання певних правових наслідків, які виникають як при дотриманні реєстрації, так і при її порушенні. Наприклад, певні правові наслідки виникають тільки при зареєстрованому шлюбі, що свідчить про «непряме підштовхування» з боку держави офіційно зареєструвати шлюб. Фактичні шлюбні відносини знаходяться частково поза сферою правового поля [7].

5. Класифікація за характером державної реєстрації.

– Повідомний характер правового регулювання.

– Дозвільний характер правового регулювання.

Характер правового регулювання залежить від того, що держава вважає за необхідне регулювати жорсткими імперативними методами. Так, реєстрація та облік громадян за місцем проживання або за місцем перебування, дактилоскопічна реєстрація, реєстрація юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, актів цивільного стану тощо носять повідомний характер.

Яким же чином проявляється повідомний характер реєстрації? Наприклад, для реєстрації громадян за місцем перебування достатньо подання зазначених документів, які підтверджують добросовісне використання громадянином свого права. Надання відповідних документів породжує у органу реєстраційного обліку не право, а обов'язок зареєструвати громадянина в житловому приміщенні, яке він обрав місцем свого проживання. Вимога про надання додаткових документів є грубим порушенням реєстраційного законодавства [10].

Повідомний характер реєстрації обумовлюється тим, що при реалізації деяких загальнодозволених прав громадянину доводиться повідомляти про це органу виконавчої влади. Реєструючі органи засвідчують лише сам факт вчинення будь-якої конкретної дії.

На противагу повідомному характеру регулювання існує дозвільний характер, в рамках якого обов'язкове рішення відповідних уповноважених державних органів на вчинення будь-якої дії може містити як згоду, так і відмову.

Так, держава може відмовити в реєстрації, якщо із заявою звернулася неналежна особа, або якщо документи, надані на державну реєстрацію прав, за формою або змістом не відповідають вимогам чинного законодавства, або у зв'язку з відсутністю у заявника прав на певний об'єкт тощо.

Дозвільний характер присутній і при реєстрації юридичних осіб та підприємців. Їх правоздатність виникає саме з моменту реєстрації. При цьому реєструючий орган перевіряє, чи відповідають установчі документи, порядок утворення особи закону, після чого зобов'язаний зареєструвати особу, внісши її до відповідного державного реєстру. Відмова в реєстрації можлива тільки в разі ненадання необхідних для цього документів, а також надання документів до неналежного органу реєстрації [16].

У реєстраційній системі досить часто відбувається з'єднання повідомного і дозвільного характеру регулювання. Так, у сфері державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності можуть об'єднатися обидва типи правового регулювання. Наприклад, при створенні, злитті і приєднанні об'єднань комерційних організацій такі організації, крім надання ними в реєструючі органи відповідних документів, надають клопотання про згоду на створення, реорганізацію, ліквідацію комерцій-



них організацій у спеціальний антимонопольний орган (АМКУ), що має право відхилити або задовольнити клопотання [9].

Видача дозволу (ліцензії) на придбання і зберігання певного типу зброї також являє собою яскраву ілюстрацію дозвільної системи. Так, органи внутрішніх справ, перш ніж зареєструвати конкретний вид зброї після його придбання і поставити його на облік (зареєструвати), виносять рішення, видавати дозвіл на його носіння чи ні, на підставі передбачених законом даних (досягнення передбаченого законом віку, надання медичного висновку про відсутність протипоказань до володіння зброєю; необхідність проходження перевірки на знання правил безпечного поводження зі зброєю, наявність або відсутність судимості за вчинення умисного злочину тощо). При цьому є окремі види зброї, при придбанні яких взагалі відсутня видача дозволу (ліцензії), так і необхідність його реєстрації (наприклад, механічні розпилювачі, аерозольні та інші пристрої, споряджені сльозоточивими або дратівливими речовинами, пневматична зброя з дуловою енергією не більше 7,5 Дж і калібру до 4,5 мм включно). В такому випадку держава встановлює такі лояльні заходи, виходячи з відсутності суспільної небезпеки і можливості заподіяння істотної шкоди здоров'ю громадян [1; 13].

Таким чином, держава за допомогою жорстких «подвійних» адміністративних методів правового регулювання (дозвільного і повідомного) намагається, по-перше, забезпечити державну і громадську безпеку, а по-друге, захистити права і законні інтереси як самих громадян і господарюючих суб'єктів, так і необмеженого кола осіб, який може постраждати від їх підприємницької чи іншої діяльності.

Ще однією ілюстрацією подвійної системи правового регулювання може слугувати державна реєстрація актів цивільного стану, зокрема реєстрація шлюбу. Так, норми Сімейного кодексу України поширюють свою дію тільки на зареєстровані в органах РАЦС шлюби. У свою чергу, громадяни не зобов'язані їх реєструвати – це особиста справа кожного (тут можливий і добровільний характер реєстрації). При цьому відсоток наявних фактичних (цивільних) шлюбів є досить значним. Але правові наслідки виникають тільки при їх державній реєстрації. Громадяни самостійно в добровільному порядку повідомляють державу про вступ до сімейних правовідносин. Але є ряд обставин, при яких держава, перш ніж зареєструвати шлюб, дає свою згоду або відмову, – це наявність повної дієздатності, яка виникає в повному обсязі з настанням повноліття, 18-річного віку. Згідно з нормами сімейного законодавства, цей віковий ценз з поважних причин може бути знижений до 16 років, а при особливо поважних – до 14 років [7; 12; 14].

Так як той чи інший вид реєстрації переслідує відразу кілька цілей, не можна диференціювати реєстрацію суто за призначенням. Ґрунтуючись на результатах аналізу нормативної бази, ми змогли виділити ще кілька критеріїв, які, разом з перерахованими вище критеріями, дадуть найбільш повне розуміння правової природи реєстрації.

Другий блок класифікації.

1. За наявності або відсутності компенсації за реєстрацію.

– Платна. Такі процедури є домінуючими в Інституті реєстрації. Більш того, квитанція про оплату реєстраційного збору (державного мита) є обов'язковим документом. Без нього реєструючий орган не має права прийняти справу до розгляду.

Прикладом можуть слугувати реєстрація юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, реєстрація прав на нерухоме майно та їх обтяжень, реєстрація транспортних засобів і багато інших.

– Безоплатна. Така реєстрація характеризується, перш за все, інтересом в ній з боку держави. Прикладом може служити дактилоскопічна реєстрація, реєстрація нормативних актів тощо.

2. За юридичною силою норм, що складають інститут реєстрації:

– Встановлена законами. Так, наприклад законодавство встановлює обов'язкову реєстрацію актів цивільного стану, реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців. Здебільшого в законах встановлюються основні положення, завдання, цілі і принципи реєстрації, а сам порядок реєстрації регулюється підзаконними актами. Така реєстрація, як правило, істотно стосується охоронюваних прав і законних інтересів громадян, тому вона повинна бути встановлена насамперед законами [8].

3. За часом дії документа про державну реєстрацію.

– Строковий. Певний термін дії документа про реєстрацію встановлюється найчастіше для суспільно небезпечних об'єктів. Наприклад, державна реєстрація генно-модифікованих організмів.

– Безстроковий. Термін дії такої реєстрації не вказується. Застосовується при реєстрації охоронюваних державою прав і свобод громадян. Наприклад, реєстрація прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

– Тимчасовий. Діє, поки не відпаде необхідність регулювання даного виду суспільних відносин за допомогою інституту реєстрації. Також застосовується у разі дії тимчасового порядку реєстрації, коли основний нормативний акт ще не вступив в дію.

4. За підвідомчістю прийняття рішення про визнання недіючим документу про державну реєстрацію.

Запропонована нами Класифікація дозволить вирішувати наукові та практичні завдання, так як найбільш повно відображає обсяг класифікованого об'єкта.

**Висновки.** Державна реєстрація є потужним і сучасним методом регулювання різних правовідносин. Правильна реалізація цього інституту залежить від розробленості його нормативної бази, а також закріплення на законодавчому рівні порядку регулювання правовідносин, що становлять предмет інституту реєстрації. Інститут державної реєстрації заснований на імперативному методі регулювання, при якому право виникає на підставі владно-розпорядчого акту реєстрації органів виконавчої влади, а не на підставі договору. Безумовно, реєстраційні правовідносини – предмет адміністративного законодавства, сторонами яких є заявник та відповідні уповноважені державні органи управління. Крім того, встановлення та визначення самого порядку реєстрації, правил ведення державного реєстру є в чистому вигляді адміністративною дією органів виконавчої влади. Порядок створення та структура установи, що здійснює державну реєстрацію як державного органу, також є предметом адміністративно-правового регулювання.

В рамках статті виділено види правовідносин, що обслуговуються інститутом реєстрації, оскільки це дає можливість краще усвідомити юридичну природу реєстрації як правового акту органу виконавчої влади. Запропоновану нами класи-

фікацію правовідносин, регульованих нормами інституту реєстрації, можна розділити на два блоки. Перший блок є типовим, проведеним з підстав, відповідних для класифікації будь-яких видів адміністративних правовідносин: за об'єктами і суб'єктами, що підлягають реєстрації; за органами реєстрації; за обов'язковістю реєстрації; за характером реєстрації. Другий блок класифікації представлений специфічними ознаками, які притаманні саме інститутові реєстрації: за наявністю або відсутністю компенсації за реєстрацію; за юридичною силою норм, що складають інститут реєстрації; за часом дії документа про державну реєстрацію; за підвідомчістю прийняття рішення про визнання недіючим документа про державну реєстрацію. Вважаємо, що критерії даної класифікації повинні знайти своє відображення у відповідних нормативних актах.

Не можна категорично стверджувати про подальше скорочення або розширення сфери застосування інституту реєстрації. З одного боку, окремі види правовідносин, що обслуговуються інститутом реєстрації, будуть виводитися зі сфери державного контролю і передаватися у відання саморегульованих професійних організацій, але це положення відноситься тільки до тих видів правовідносин, які схильні до логічного нормування, а державний контроль за ними здійснюється лише на перехідний період. З іншого боку, скорочення застосування державного директивного управління суспільними процесами викличе розширення сфери застосування інституту реєстрації, що слугує методом некомандного управління.

### Література

1. Алімов Р. С. Процедури в адміністративному праві України: теорія і практика : дис. канд. юрид. наук: 12.00.07 / Р. С. Алімов. Донецьк : Донецький інститут внутрішніх справ, 2002. С. 164.
2. Адміністративне право України : навчальний посібник : у 2 т. Т. 1 : Загальне адміністративне право / В. В. Галуцько та ін. Херсон : ПАТ «Херсонська міська друкарня», 2017. 320 с.
3. Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. Т. О. Коломєць. К., 2009. 480 с.
4. Буханевич О. М. Поняття та сутність процедури надання адміністративних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5. С. 126–131.
5. Венедиктова І. Юридична природа публічних послуг. *Вісник Харківського національного університету*. 2009. № 841. С. 88–91.
6. Гурковський М. П. Зміст та особливості реєстраційного провадження. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2008. № 4. С. 155–164.
7. Державна реєстрація актів цивільного стану за новим сімейним кодексом України та її значення. URL: [https://minjust.gov.ua/m/str\\_2695](https://minjust.gov.ua/m/str_2695) (дата звернення: 15.11.2022).
8. Красовська А. Державна реєстрація як умова реалізації права на підприємництво в Україні. *Адміністративне право*. 2002. № 7. С. 62–64.
9. Кузьменко О. В. Природа реєстраційного провадження. *Вісник Академії митної служби України. Серія : Право*. 2009. № 1(2). С. 81–87.
10. Ніколаєнко К. В. Адміністративні послуги як різновид публічних послуг. *Держава і право : збірник наукових праць*. 2010. Вип. 47. 269–274 с.
11. Слободянюк С. О. Місце та роль інституту державної реєстрації речових прав на нерухоме майно в правовій системі. *Держава і право : збірник наукових праць*. 2011. № 52. С. 298–303.
12. Пашко І. С. Про роботу державної реєстрації актів цивільного стану. *Правовий вісник*. 25 травня 2015 р. С. 3–23.
13. Про адміністративну процедуру: Закон України від 17 лютого 2022 року № 2073-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text> (дата звернення: 18.11.2022).
14. Про державну реєстрацію актів цивільного стану: Закон України від 1 липня 2010 року № 2398-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 38. Ст. 509.

15. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 року № 1952-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 51. Ст. 553.

16. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України від 15 травня 2003 року № 755-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text> (дата звернення: 21.11.2022).

### Анотація

**Болгар О. В. Типологія правовідносин державної реєстрації в Україні.** – Стаття.

У статті досліджено типологію правовідносин державної реєстрації в Україні. Наголошено, що державна реєстрація є потужним і сучасним методом регулювання різних правовідносин. Зазначено, що правильна реалізація цього інституту залежить від розробленості його нормативної бази, а також закріплення на законодавчому рівні порядку регулювання правовідносин, що становлять предмет інституту реєстрації. Визначено, що інститут державної реєстрації заснований на імперативному методі регулювання, при якому право виникає на підставі владно-розпорядчого акту реєстрації органів виконавчої влади, а не на підставі договору. Аргументовано, що реєстраційні правовідносини – предмет адміністративного законодавства, сторонами яких є заявник та відповідні уповноважені державні органи управління. Крім того, встановлення та визначення самого порядку реєстрації, правил ведення державного реєстру є в чистому вигляді адміністративною дією органів виконавчої влади. Констатовано, що порядок створення та структура установи, що здійснює державну реєстрацію як державного органу, також є предметом адміністративно-правового регулювання.

В рамках статті виділено види правовідносин, що обслуговуються інститутом реєстрації, оскільки це дає можливість краще усвідомити юридичну природу реєстрації як правового акту органу виконавчої влади. Запропоновано класифікацію правовідносин, регульованих нормами інституту реєстрації, розділено на два блоки. Перший блок є типовим, проведеним з підстав, відповідних для класифікації будь-яких видів адміністративних правовідносин: за об'єктами і суб'єктами, що підлягають реєстрації; за органами реєстрації; за обов'язковістю реєстрації; за характером реєстрації. Другий блок класифікації представлений специфічними ознаками, які притаманні саме інститутові реєстрації: за наявністю або відсутністю компенсації за реєстрацію; за юридичною силою норм, що складають інститут реєстрації; за часом дії документа про державну реєстрацію; за підвідомчістю прийняття рішення про визнання недіючим документа про державну реєстрацію.

Наголошено, що не можна категорично стверджувати про подальше скорочення або розширення сфери застосування інституту реєстрації. З одного боку, окремі види правовідносин, що обслуговуються інститутом реєстрації, будуть виводитися зі сфери державного контролю і передаватися у відання саморегульованих професійних організацій, але це положення відноситься тільки до тих видів правовідносин, які схильні до логічного нормування, а державний контроль за ними здійснюється лише на перехідний період. З іншого боку, скорочення застосування державного директивного управління суспільними процесами викличе розширення сфери застосування інституту реєстрації, що слугує методом некомандного управління.

**Ключові слова:** адміністративне законодавство; державна реєстрація; інститут реєстрації; типологія; орган реєстрації; державний реєстратор; публічна адміністрація; адміністративна процедура; реєстраційні правовідносини.

### Summary

**Bolgar O. V. Typology of legal relations of state registration in Ukraine.** – Article.

The article examines the typology of legal relations of state registration in Ukraine. It is noted that state registration is a powerful and modern method of regulating various legal relations. It is noted that the correct implementation of this institution depends on the development of its regulatory framework, as well as the consolidation of the legislative level of the procedure for regulating legal relations that constitute the subject of the institution of registration. It is determined that the institution of state registration is based on the mandatory method of regulation, in which the right arises on the basis of an administrative act of registration of executive authorities, and not on the basis of a contract. It is argued that registration legal relations are the subject of administrative legislation, the parties to which are the applicant and the relevant authorized state management bodies. In addition, the establishment and determination of the registration procedure itself, the rules for maintaining the state register, is in its pure form an administrative action of executive authorities. It is stated that the procedure for creating and structuring an institution that performs state registration, as a state body is also subject to administrative and Legal Regulation.

The article highlights the types of legal relations served by the registration Institute, since this makes it possible to better understand the legal nature of registration as a legal act of an executive authority. The proposed classification of legal relations regulated by the norms of the Institute of registration is divided into two blocks. The first block is a standard one, conducted on the grounds suitable for classifying any types of administrative legal relations: by objects and subjects subject to registration; by registration authorities; by mandatory registration; by the nature of registration. The second block of classification is represented by specific features that are inherent in the Institute of registration: by the presence or absence of compensation for registration; by the legal force of the norms that make up the Institute of registration; by the time of validity of the document on state registration; by the jurisdiction of the decision to declare the document on state registration invalid.

It is noted that it is impossible to categorically say about further reduction or expansion of the scope of application of the Institute of registration. On the one hand, certain types of legal relations served by the registration Institute will be removed from the sphere of state control and transferred to the jurisdiction of self-regulated professional organizations, but this provision applies only to those types of legal relations that are subject to logical rationing, and state control over them is carried out only for a transition period. On the other hand, reducing the use of state directive management of public processes will lead to an expansion of the scope of application of the Institute of registration, which serves as a method of non-command management.

**Key words:** administrative legislation; state registration; institute of registration; typology; registration authority; state registrar; public administration; administrative procedure; registration legal relations.

УДК 342.4:343.2

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.2>

О. Ю. Водянніков

## КОНСТИТУЦІЯ І ЗЛОЧИН: ТЕОРІЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ В СВІТЛІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ КОНЦЕПЦІЇ *ULTIMA RATIO*

**Постановка проблеми.** У вступі до своєї роботи «Надмірна криміналізація. Межі кримінального права» американський професор Дуглас Гусак зазначив: «Якість кримінальної юстиції є важливим мірилом цінності політичної спільноти. Окрім рішення про початок війни, жодне інше рішення, що приймається державою, не є більш важливим за її присуд про те, яка поведінка повинна бути забороненою і наскільки суворим має бути покарання за неї» [1, с. vii]. Не в останню чергу саме тому законодавство про кримінальну відповідальність стає об'єктом прискіпливого конституційної контролю, а рішення органів конституційної юрисдикції мають подекуди визначальне значення для розвитку конституційної юриспруденції<sup>1</sup>.

Однак питання того, що має бути визнане злочином або кримінальним правопорушенням, яка поведінка є забороненою і яким має бути покарання за неї, все ще залишаються предметом доктринальних дискусій. Навіть ключові поняття «криміналізація», «декриміналізація», досі є предметами наукових суперечок, а єдиного чи, принаймні, загальноприйнятого розуміння цих понять немає [2, с. 34; 3, с. 209]. Це тим більше стосується вітчизняної конституційної доктрини, де питання конституційних принципів криміналізації взагалі залишається недослідженим.

Деякі дослідники виділяють формальне і матеріальне поняття кримінального правопорушення [4, с. 105–106]. Формальне поняття кримінального правопорушення виходить з того, що ним є описане у кримінальному законі діяння, за яке передбачено покарання [4, с. 105]. Наприклад, параграф 11 Кримінального кодексу ФРН визначає кримінальне правопорушення як «виключно діяння, що відповідає всім елементам кримінального правоположення» [5, с. 39, § 11(1) (5)]; таким же чином частина перша статті 11 Кримінального кодексу України передбачає, що кримінальним правопорушенням «є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення». Матеріальне поняття полягає в тому, що кримінальним правопорушенням є діяння, якому властиві такі обов'язкові ознаки: (1) воно вчинене суб'єктом злочину; (2) є винним; (3) суспільно небезпечним; (4) передбачене чинним кримінальним кодексом, а також (5) є кримінально караним [4, с. 106]. Однак до цих обох понять можна з упевненістю віднести вислів Джозуа Дреслера, що обидва ці визначення є «простими, циклічними і, загалом, непридатними» [6, с. 1]. Формальне поняття не дає відповіді на питання, якими стандартами слід керуватися законодавцю при визначенні певної поведінки в якості кримінального правопорушення. Матеріальне поняття є не менш циклічним. За винятком концепції суспільної безпеки, воно по суті зводиться до формального поняття, але

<sup>1</sup> Щодо огляду практики Конституційного Суду України щодо розгляду положень кримінального законодавства на відповідність Конституції України див. [2, с. 49–74].

поділеного на його компоненти. Не вирішує питання і введення концепції суспільної небезпеки, яка, наприклад, в Кримінальному кодексі України визначається через «істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі». Ця концепція є рудиментом радянської теорії криміналізації, в якій суспільно-небезпечним визнавалося дія чи бездіяльність, «що загрожує основам радянського ладу і правопорядку, встановленому робітничо-селянською владою на перехідний до комуністичного ладу період часу» (ст. 6 Кримінального кодексу РСФРР 1922 р. [7, с. 2]; ст. 6 Кримінального кодексу РСФРР 1926 р. [8, с. 4]), а небезпека визначалася через оцінку як особистості злочинця, так і вчиненого ним діяння (ст. 24 Кримінального кодексу РСФРР 1922 р. [7, с. 3]). Однак навіть після усунення ідеологічних елементів, концепція суспільної небезпеки відсилає до розсуду законодавця (а саме що є істотною шкодою, що вимагатиме саме криміналізації діяння, про яку шкоду йдеться, як визначити об'єкти кримінально-правової охорони, тощо).

Це дало підстави деяким дослідникам сприймати цю проблему визначення як даність. Герберт Паркер вважає, що «визначення злочину є невідворотно тавтологічним. Злочин є все, що формально і авторитетно визначене як кримінальне ... злочин є діянням, за яке можуть настати наслідки, формально визначені як кримінально карані» [9, с. 18–19]. Але такий підхід не є прийнятним, адже мають існувати певні стандарти чи критерії, якими повинен керуватися законодавець, визнаючи те чи інше діяння кримінальним правопорушенням.

**Аналіз основних досліджень і публікацій.** В радянській кримінально-правовій доктрині, що зберігає свій вплив на сучасну наукову думку і практику, теорія криміналізації виходила з концепції суспільної небезпеки діянь. Ця проблематика знайшла своє висвітлення в роботах Н.Б. Алієва, І.М. Гальперіна, О.А. Герцензона, П.Ф. Гришаніна, П.С. Дагеля, Ю.А. Демидова, М.І. Загородникова, Г.А. Злобіна, І.І. Карпеця, В.Й. Квашиса, С.Г. Келіної, М.І. Ковальова, В.С. Комісарова, О.І. Коробєєва, В.М. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнецової, Б.А. Міренського, П.М. Панченка, П.М. Рабіновича, П.А. Фефелова, О.М. Яковлева. В українській кримінально-правовій доктрині слід згадати дисертаційні дослідження П.Л. Фріса «Кримінально-правова політика України» (Київ, 2005), Д.О. Балобанової «Теорія криміналізації» (Одеса, 2007), Ю.А. Пономаренка «Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень» (Харків, 2021) а також роботи Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.О. Гацелюка, В.К. Грищука, О.М. Костенка, О.М. Литвака, В.О. Меркулової, А.А. Митрофанова, В.О. Навроцького, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, В.О. Тулякова, М.І. Хавронюка, В.І. Шакуна та інших.

**Метою дослідження** є вивчення питань конституційних принципів криміналізації у більш широкій перспективі і загальноісторичному контексті становлення модерної держави і сучасного конституціоналізму, що дає змогу системного аналізу конституційних підходів до криміналізації. Це в свою чергу вимагає звернення до багатьох загальнотеоретичних аспектів як теорії кримінального права, так і більш глобальних питань конституціоналізму, теоретичних основ демократії та належного урядування. Адже для відповіді на ці питання слід звернутися до основ кримінального права, його соціальної функції і конституційного значення.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Говорячи про основи кримінального права, ми уявляємо його як упорядковану, стабільну систему чи структуру, що ґрунтується на певних базових засадничих елементах, що можуть бути віднайдені, проаналізовані і концептуалізовані. Цей підхід, однак, відразу ж може викликати заперечення: кримінальне право, як і право взагалі, не є результатом раціонального вибору, не є питанням *ratio*, що визначало би існування узгоджених принципів, раціональної структури норм чи доктринальних підходів. До того ж воно не є стабільним в сенсі «базових засадничих елементів», адже ґрунтується на мінливих і плінних історичних умовах, які визначаються політичними, соціальними та економічними силами. Тому, як вбачають критики, розуміння структур кримінального права, його розвитку і засад вимагає не концептуального аналізу чи раціональної реконструкції, а емпіричного і інтерпретаційного підходу, притаманних історичній і соціологічній наукам [див. 10, с. 591–673; 11; 12, с. 9–59; 13, с. 17–40].

Якщо поглянути прискіпливіше на цей критичний науковий наробок, що суттєво відрізняється від «класичних» досліджень кримінального права, його головна наскрізна ідея полягає в необхідності дослідження кримінального права в його соціальному і історичному контекстах. Це, в свою чергу, означає переміщення фокусу дослідження на ширше питання легітимності кримінального права<sup>2</sup>. Тому як зазначає Ентоні Даф, «Ми маємо розуміти [кримінальне] право не як систему раціональних принципів (чи навіть через прагнення до цього), а скоріш як сферу різноманітних соціальних і політичних конфліктів – конфліктів, що скоріш приховуються, аніж вирішуються через спробу визначити реконструювати «раціональні принципи» кримінального права» [15, с. 3].

Тому ми маємо концептуалізувати кримінальне право, його засади в більш широкій перспективі, зважаючи на його «фрагментарний» характер в правовій системі. Ще на початку ХХ ст. німецький юрист Карл Біндінг сформулював концепцію фрагментарності кримінального права для пояснення обмеженості його сфери дії<sup>3</sup>. На його думку ця концепція є необхідною для розуміння системного характеру кримінального права [17, с. 48–49]: криміналізація діяння тільки тоді є виправданою, коли інші засоби вирішення соціальної проблеми є неефективними.

Німецький теоретик кримінального права Клаус Роксін стверджує, що кримінальне право не є виключним засобом забезпечення захисту легітимних цінностей і інтересів (*Rechtsgüter* – юридичні блага) – серед всього арсеналу правопорядку кримінальне право є останнім засобом чи засобом останньої надії (*ultima ratio*), що застосовується, якщо інші засоби виявились неефективними [18, с. 524–525]. Тому, як зазначає, Нільс Йареборг кримінальне покарання є «*ultima ratio* соціальної політики», а його завдання полягає у «субсидіарному» захисті *Rechtsgüter*:

<sup>2</sup> Адже, як зазначає Ендрю Гальпін, «наголос на контексті означає заперечення будь-якого припущення, що правова доктрина може володіти окремою, неконтекстуальною, агісторичною легітимністю» [14, с. 61].

<sup>3</sup> Досить іронічно, але Карл Біндінг говорив про фрагментарність кримінального права в силу практики криміналізації: на його думку несистемний характер кримінального права є наслідком казуального підходу законодавця до криміналізації діянь, а не принципового системного і наукового підходу, що мав би забезпечити системність і цілісність кримінального права [див. 16].



«Кримінальне право захищає тільки деякі з *Rechtsgüter* і його захист є вибіркоким, а не загальним ... Тому має сенс говорити про «фрагментарний» характер кримінального права» [18, с. 525].

В такому розумінні кримінальна відповідальність є питанням публічної влади, що реалізується через процеси криміналізації, кримінального переслідування, судового розгляду і покарання [19, с. 109]. Питання криміналізації, її стандартів і критеріїв має розглядатися крізь призму фрагментарності і субсидіарності кримінального права, тобто через концепцію *ultima ratio*. Це вимагає звернення до більш широкого контексту, як історичного (тобто як виникає ідея окремої галузі кримінального права з її окремими принципами, методологією і *rationale*), так соціально-політичного (тобто звернення до питання ролі і функцій кримінального права в демократичному суспільстві, конституційних принципів, що є визначальними при прийнятті рішення про криміналізацію/декриміналізацію діяння).

**Конституційна демократія і кримінальне право.** Який вплив має парадигма конституційної демократії на кримінальне право в демократичній державі? Відповідь на це питання вимагає певного історичного екскурсу для визначення керівних ідей і рушійних сил, що визначили траєкторії розвитку як сучасного постмодерного конституціоналізму, так і сучасної парадигми кримінального права в демократичній державі.

В основу ліберальної демократії, що прийшла на зміну феодальному ладу в ході Великих революцій XVIII ст., була закладена концепція *res publica*, переосмислена мислителями Просвітництва та діячами Американської і Французької революцій<sup>4</sup>. Сама ця концепція республіки, яку ми за історичною традицією називаємо демократією<sup>5</sup>, вимагала наявності політичної громади формально рівних осіб. Урядування у такій громаді розглядалася як *res publica*, тобто як справа всіх громадян, а свобода у такій громаді забезпечувалася згідно закону і через закон як акт загальної волі в руссіанівському сенсі. В цьому сенсі *res publica* виступає як громада керована правом, а не волею (чи свавіллям) окремих особистостей. Як зазначає Філіп Петі, така роль управління за допомогою законів забезпечує членів політичної громади як від *imperium* так і від *dominium* [23, с. 112, 130]. Захист від *imperium* означає захист від свавільної влади тих, хто виступає від імені держави, захист від *dominium* – від свавілля приватних осіб [24, с. 47]. Як підкреслює Річард Деггер, ця «подвійна безпека також пов'язується з республіканським наголосом на спіль-

<sup>4</sup> У період Наукової революції, що завдячує своїм розвитком не в останню чергу віднайдению античних джерел і, як наслідок, відродженню античної філософської думки та традиції республіканізму, що згодом, у XVIII ст., надихатиме діячів Просвітництва і дасть ідеологічне підґрунтя Американській та Французькій революціям, «демократія» і «республіка» стають досить наближеними і подекуди синонімічними. Хоча це ідеологічне підґрунтя і філософська традиція зовсім не були ані «демократичними», ані егалітарними у сучасному розумінні, адже заперечували загальне виборче право, права жінок і толерували як колоніалізм, обстоюючи ідею «цивілізаторської місії», так і рабство [див.: 20, с. 5].

На відміну від наших сучасних уявлень давньоримське поняття *res publica* не передбачало певної політичної форми правління (напр. демократії). *Res publica* – це була персоніфікація міста Рима, спільноти громадян, що розглядалася як суб'єкт юридичних відносин, та яка вимагала певного політичного устрою, що ґрунтувався б на вимогах права [див. 21, с. 116].

<sup>5</sup> Хоча те, що стародавні греки і римляни називали демократією, і те, що отримало цю назву в ході Великих революцій, є дещо відмінними явищами [див. 22, с. 25–29].

ному інтересі або публічному блазі» [24, с. 47]. Адже, публічне благо, якому мають слугувати і право і держава, в свою чергу, включає публічний інтерес у захисті приватних інтересів як один від одного, так і від держави [25, с. 72].

В цьому виникає безпосередній зв'язок між демократією і кримінальним правом. Концептуалізація ролі кримінального права в демократичному суспільстві як забезпечення безпеки індивіда від *imperium* (як в силу дії гарантій процесуальної справедливості, так і матеріальних гарантій *nullum crimen*, про які йдеться далі) та *dominium* (в силу криміналізації і встановлення кримінальної відповідальності за діяння, що посягають на життя, здоров'я, безпеку, власність тощо) означає, що кримінальне право має розглядатися крізь призму інструментарію побудови справедливого і демократичного суспільства. З такої точки зору проблематика визначення кримінального правопорушення зводиться до визначення поняття «публічного» в діянні, яке законодавець криміналізує. Адже злочин є не просто правопорушення, а саме публічне правопорушення на відміну від приватного правопорушення, яким опікується приватне право.

Ця кваліфікація злочину як публічного правопорушення навіть етимологічно закладена в терміні «кримінальне». Цей термін до більшості європейським мов (*crime* – англ.; *crime* – фр.; *crimine* – італ.; *crimen* – ісп.) потрапив через старофранцузьку (*crimne*) з латини (*crimen*), де він означав «обвинувачення» [26, с. 110]. В свою чергу цей латинський термін був запозичений з давньогрецької, в якій *κρίνω* означав «рішення», «судове рішення», «вирішення спору», «звинувачення», «притягнення особи до суду», «вирок» [27, с. 996]. Ця етимологія вказує на те, що саме поняття *crimen*, *κρίνω* виникає, власне, не із спроби визначити певне діяння як таке злочинним, а з процесу публічної і формалізованої реакції на певні діяння. Публічні обвинувачення проти порушників вели до визнання, що їхні діяння є злочинними і публічними, тобто такими, що обґрунтовують публічний процес і вирок [24, с. 51].

Ця специфіка публічності як аспект *res publica*, парадигма свободи від *imperium* і *dominium* визначають аналітичні рамки для аналізу і реконструкції кримінального права в демократичному суспільстві. Однак цей аспект публічності є лише відправною точкою аналізу. Публічність як характеристика правопорушення виокремлює таке правопорушення з сукупності всіх правопорушень, розподіляючи їх на приватно-правові і публічно-правові. Але вона не є достатньою для встановлення стандартів і критеріїв криміналізації.

Тому має сенс звернутися до еволюції становлення сучасного кримінального права, виникнення його засад і принципів, що відбувалося в процесі занепаду домодерної парадигми *caveat dominus* з її визначальною концепцією *police* і становлення модерної держави в часи Великих революцій XVIII ст. з її кодифікаціями, ліберальним конституціоналізмом, національною державою і новими поняттями політичної легітимності.

*Caveat dominus* і *ідея police*. На початку слід зробити важливе термінологічне застереження. В українській мові немає відповідника для *police*, *police power*, *policing*, окрім «поліція» для означення державного органу чи служби, що опіку-

ється охороною громадського порядку і боротьбою з правопорушеннями<sup>6</sup>. Інші значення викладаються через опис термінів (не завжди адекватний). Разом з тим ці терміни є набагато ширшими і змістовнішими за «поліцію». Як зазначає Марк Неоклеус, «Навіть побіжний погляд на зміст ранішої ідеї *police* показує, що основним в початковому розумінні поліційної влади був «добрий порядок» в найширшому сенсі і поліційна влада втілювалася в цілому ряді інституцій, що опікувалися набагато більшою кількістю питань, ніж злочинність» [28, с. х].

Цей термін походить з бургундського діалекту французької мови («*policie*»), звідки він у XV ст. набуває поширення на європейському континенті з різними написаннями і промовою («*policei*», «*pollicei*», «*policey*», «*pollicey*», «*pollizey*», «*pollizei*», «*politzey*», «*pollucey*», «*pullucey*») [28, с. 1]. Так, в німецькомовній частині Європи цей термін «*policey*» вперше зустрічається в документах міського самоврядування і, згодом, князівських канцелярій: в 1476 у Вюрцбурзі, в 1482 та 1485 роках у ордонансах міської ради Нюрнберга («*Regiment und Pollicei*»), в 1488 в Майнцському курфюрстві («*Regiment und Pollucy*»); починаючи з першої половини XVI ст. набувають поширення імперські і місцеві *Polizeiordnungen*, в яких цей термін означає добрий порядок в громадській сфері та забезпечення загального блага, тобто стан добре організованої і упорядкованої громади [29, с. 39]. За всього цього орфографічного розмаїття він означав регулювання внутрішнього життя громади задля сприяння загальному благу, добропорядку і організації суспільного життя в громаді [28, с. 1].

І *police*, і, до речі, *policy* [див. 30, с. 3-30], і «політика» походять з латинізованого давньогрецького терміну *politeia*, що в латинській мові набуло форми *politia* [31, с. 11]. Цей термін в працях Аристотеля означав одну з трьох правильних форм правління (царська влада, аристократія та політія)<sup>7</sup>, і виник, навіть етимологічно, з давньогрецької концепції полісу – невеликої, інституціоналізованої і самоврядуваної громади дорослих громадян-чоловіків (*politai* або *astoi*), що проживала разом з дружинами та дітьми в міському центрі (що також називався *polis* або, подекуди, *asty*) та приміській оточуючій території (*chora* або *ge*) [33, с. 31]. В якості політичної спільноти поліс ідентифікувалася власне з громадянами, аніж з територією. В ідеологічному плані поліс означав політичний світогляд, в якому концепція влади набувала «громадський» характер як «спільна річ» (що латиною безпосередньо так і називатиметься – *res publica*), що урядовується всіма членами громади – громадянами [34, с. 16].

Римська епоха стала епохою міської громади. Якщо у часи Стародавньої Греції не всі міста були полісами, і не всі поліси були містами [34, с. 14], то в часи

<sup>6</sup> В українському законодавстві – «центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку» (частина перша статті 1 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 року № 580-VIII, зі змінами).

<sup>7</sup> «Відхилення ж від указаних правильних форм такі: відхилення від царської влади – тиранія; від аристократії – олігархія; від політії – демократія. По суті, тиранія – та ж сама монархічна влада, але вона має на меті власні інтереси. Тобто вигоди одного правителя. Олігархія ж пильнує інтересів багатих. Демократія захищає інтереси неіснуючих верств населення. Жодна з цих форм державного устрою не має на меті загальних інтересів» [32, с. 76–77].

Римської республіки саме значення міста – згідно формули архаїчного Римського права *Civis sum Romanus* – стало парадигматичним<sup>8</sup>. Відмінність римського *civitas* від грецького *polis* власне і полягала у сакралізації приналежності до міської громади. Ці обидва терміни означали не просто політичне утворення, а містили чітку семантичну відсилку на громадський спосіб життя, «цивілізованість» майже в сучасному сенсі цього терміну. Власне аристотелівський *zoon politikon* – це істота, «придатна для життя у полісі» [35, с. 40]. Ця ж традиція була успадкована Римом, в якому місто стало джерелом і права, і чеснот, і легітимності. *Civitas* виступив в якості інструменту державного будівництва та однією з основних підвалин римського суспільства<sup>9</sup>. При цьому *civitas* розглядався як одна з форм *res publica*<sup>10</sup>.

Бургундський термін *policie*, як власне і подібні до нього *civilité*, *cultivité*, *police* або *politesse* постає як поняття, пов'язане з обов'язком правителя щодо упорядкування громадського життя, підтримки порядку і безпеки. У часи, коли не існувало публічної сфери в сучасному розумінні, це поняття охоплювало безліч питань, пов'язаних з повсякденним життям середньовічної громади, від регламентування одягу і етикету, торгівлі, управління господарством до боротьби зі злочинністю, придушення повстань і збору податків. Таке еkleктичне ставлення не було суто новим винаходом. Так в настановах Св. Мартіна, архієпископа м. Брага, від 579 року «*De correctione rusticorum*» містилася ціла програма поліпшення вдачі селянства Португалії, розроблена на основі приписів різних синодів та соборів [37, с. 52]. Навіть етимологія двох давньофранцузьких слів, що означали ввічливість, чемність – *urbanité* та *politesse* – походить від *urbs* («місто» латиною) та *polis* («місто» грецькою), а їхня протилежність – *rusticité* – від *rus*, тобто сільська місцевість [37, с. 92].

Це обумовило виникнення з XII-XIII ст. двох пов'язаних напрямів в середньовічній політичній думці: (1) численних підручників з правил поведінки, таких як «*Liber Urbani*» та «*Facetus*» в Англії, «*Der Wälche Gast*» Томаса з Церклера та «Поема» Тангейзера в Німеччині, «*Traité de courtoisie*» Бонвезіно далла Ріва в Італії тощо [37, с. 223], та (2) посібників з управління (напр. *speculum* як жанр середньовічної літератури [див. 38], до якого належали «*Furstenpiegel*»,

<sup>8</sup> До речі термін «цивілізація» походить від латинського слова *civilis* – «те, що стосується громадян», «громадянський», «міський» – прикметника від слів *civis* («громадянин», «мешканець міста») та *civitas* («місто», «міська громада»).

<sup>9</sup> До речі, слід зазначити, що власне Рим як державне утворення називався не *civitas*, а *urbs* (власне – місто) [див.: 21, с. 116].

<sup>10</sup> На відміну від наших сучасних уявлень давньоримське поняття *res publica* не передбачала певної політичної форми правління (напр. демократії). *Res publica* – це була персоніфікація міста Рима, спільноти громадян, що розглядалася як суб'єкт юридичних відносин, та яка вимагала певного політичного устрою, що ґрунтувався б на вимогах права [21, с. 116].

Ця відокремленість міста в космологічних уявленнях залишалася визначальною і в християнські часи, зокрема в патристиці, найвідомішим свідченням чого є праця Св. Августина «*De civitate dei*», в якій він використовує концепцію *civitas* для окреслення своєї головної антитези (*civitas terrena* або град земний та *civitas dei* тобто град божий). Св. Августин, власне не був першим, хто використав протиставлення духовних *civitates* в християнській апологетиці. Так Тіконій, праці якого вплинули на Св. Августина, використав таке протиставлення для опису ситуації в самій церкві, пов'язавши тему *civitas* з протиставленням Срусалима та Вавилона [36, с. 274].

«*Sachsenspiegel*», «*Speculum maius*» Вікентія з Бове, тощо. Саме в цій царині посібників з управління постає жанр *Hausväterliteratur* (посібників з ведення господарства) [39], а згодом – твори Жана Бодена, Теодора Беза, герцога де Рогана, Макіавеллі (твір Макіавеллі «Государ» у першому виданні німецькою мовою 1694 року мав назву «*Machiavelli's Policei*» [30, с. 3; 16]). Саме в цьому дискурсі – моральних і політичних настанов правителям щодо управління, ведення господарства і державних справ – виникає термін *police*.

Ця течія суспільної думки пізнього Середньовіччя виходила з розуміння мистецтва правління як управління домогосподарством, де государ виступає в якості *patria potestas*, а держава – як *oikos* в сенсі творів Ксенофонта і Аристотеля. Навіть в просвітницькому XVIII ст. Вільям Блекстоун у своєму «Коментарі до англійських законів» поєднує поняття «*public police*» та «*oeconomy*», визначаючи їх як «належне регулювання і внутрішній порядок королівства, в якому індивіди держави, як члени добре урядованої сім'ї, зобов'язані дотримуватись в своїй повсякденній поведінці правил пристойності, добросусідства і добрих манер та бути пристойними, працелюбними і незавадними у своїх справах» [40, с. 106–107]. Юстус Крістоф Дітмар в своєму трактаті 1727 року «Вступ до економічної, поліційної і камеральної науки» виділяв в *Polizei* три великі підрозділи: (1) *cameralia* наука про управління особистими володіннями государя; (2) *oeconomica* – наука про управління виробництвом та (3) *Polizeisachen* – наука про збереження держави [28, с. 12]. Для Йогана фон Юсті *Polizei* становило першу частину *Oekonomie* держави, а його теорія мала визначати характер політичного управління економікою, включаючи оподаткування і добичу копалин<sup>11</sup>.

Ідеологія управління державою, закладена в моральних і політичних настановах правителям та *Polizeiordnungen* (поліційних ордонансах) імператорів Священної Римської імперії та німецьких князівств і вільних міст ґрунтувалася на концепції *caveat dominus* (лат. – «нехай господар подбає» [41, с. 128; 42, с. 143]) – розуміння ролі і функції правителя як голови великого домогосподарства, що має забезпечити *gute Polizei* (усунення і виправлення безладу, регламентування, заохочення і запровадження настанов і заходів задля збереження і підтримки «добропорядку»). Як зазначає Роланд Акстманн, «Протягом XVI ст. цей термін почав використовуватися у все більш широкому значенні, що позначало основні завдання уряду: органи влади стверджували свою загальну компетенцію щодо боротьби проти всіх соціальних розладів, щодо яких чинне право і звичай не могли дати ради» [29, с. 40].

В цьому сенсі *Polizeiordnungen* становили новий масив законодавства, що створював нову власну систему, відмінну від традиційного середньовічного права і звичаю. Поліційні ордонанси ґрунтувалися і послуговувалися іншою легітимністю: на відміну від традиційного права, що не «приймалося» чи «запроваджувалося», а вважалося таким, що завжди існувало і «відшукувалося», «формулювалося» і «підтверджувалося» сувереном в ході реалізації його сакральної функції забезпечення *rex et*

<sup>11</sup> Як зазначає Марк Неоклеус, «В певному сенсі це поняття оесопоміє не є відмінним від того, що пізніше стане буржуазною політичною економікою: для фон Юсті оесопоміє – наука, що «стосується благ і прибуткової діяльності приватних осіб». В той же час це розуміється як «велике управління державою», як діяльність, спрямована на утримання і примноження ресурсів держави» [28, с. 13].

*iustitia* (миру і справедливості), *Polizeiordnungen* перетворювали суверена на *legum conditor* («засновника законів», законодавця).

Імперські *Polizeiordnungen* 1530, 1548, 1577 років, а також поліційні ордонанси німецьких князівств і вільних міст, дають уявлення, наскільки широкою розумілася концепція *Polizei* як «добропорядку». Ці документи встановлювали детальне регулювання щодо того, хто міг як одягатися, які прикраси носити, які витрати мали бути на весілля, хрестини, похорон, визначали покарання за богохульство і знахарство, подружню зраду і співмешкання без шлюбу, торгівлю поза межами ринку і монополії, забороняли лихварство, шахрайство і фінансові зловживання, встановлювали покарання за образу і наклеп, тощо [29, с. 42]. Як підсумовує Роберт Скрібнер у відношенні *Polizeiordnungen* Вюртембергу, ці документи містили положення, що можуть бути класифіковані за трьома великими групами питань: (1) регулювання торгівлі, (2) насадження соціальної дисципліни та (3) регулювання «загального блага» [43, с. 108]. Вже в працях Франсіско Суареса латинизований термін *politia* використовується як синонім *regimen* та *gubernatio* (урядування) [44, с. 749, fn. 16], а Адам Сміт в своїх «Лекціях про юриспруденцію» розумів під терміном «*police*» всю внутрішню політику держави [45, с. 486–487].

В період абсолютизму на основі цих поліційних повноважень суверена держава закріпила за собою загальну компетенцію щодо забезпечення «добропорядку» в суспільстві. В цьому, власне, полягає відповідь на питання, чому на відміну від англійської мови, де є чітке відокремлення «*policy*» (в сенсі державної політики, політики в управлінні, засад здійснення певної діяльності) та «*politics*» (в сенсі сфери суспільної діяльності), у французькій, німецькій та українській мовах є лише один термін – «політика» (фр. – *politique*; нім. – *Politik*). В європейських континентальних державах XVII–XVIII ст., що вибудовувалися відповідно до чіткої парадигми ієрархії і централізації, всі ті аспекти, що в англійській мові означаються *police*, *policy* та *politics*, розглядалися як єдине і неподільне ціле для означення влади держави щодо забезпечення добробуту і добропорядку. Як зазначає Арнольд Гайденгаймер, «Тією мірою, якою абсолютистські держави утверджували внутрішній мир і безпеку під ярликом *Policey*, вони опинилися у ситуації, у якій всередині держави була буквально одна *Policey* і жодної *Politik...*» [30, с. 14].

Парадигма *caveat dominus* визначила на європейському континенті становлення модерної держави, в якій концепція *police* охоплювала всі аспекти внутрішньої політики, включаючи освіту, мораль, релігію, охорону здоров'я, безпеку, громадський порядок, боротьбу зі злочинами, промисловість, торгівлю, інфраструктуру, природні ресурси, тощо. В цьому сенсі ця концепція розумілася тотожною суверенітету. Як визначив Верховний Суд США в 1847 році, «Що таке поліційні повноваження держави? Це є нічим іншим, ніж повноваженнями уряду, притаманними суверенітету у всіх його володіннях. І коли держава приймає закон про карантин, або закон про покарання за злочини, або утворює суди або вимагає, щоб певні документи були у письмовій формі, або регулює торгівлю в своїх кордонах – у всіх цих випадках вона здійснює ті ж самі повноваження, тобто суверенні повноваження, владу управляти людьми і речами в межах своїх володінь» [46].

Саме в такому сенсі Томас Джефферсон запропонував назву кафедри «Law and Police» в Університеті Вільяма і Мері (Вірджинія) в 1779 році, яку більш адекватно слід перекладати як «Право і управління державою». Це розуміння залишається чинним і зараз в конституційній юриспруденції Верховного Суду США («Традиційно поліційні повноваження штатів визначаються як повноваження щодо забезпечення громадського здоров'я, безпеки і моралі») [48].

В період Великих революцій XVIII ст. з народження модерної держави з її бюрократичним апаратом, законодавством і відокремленням публічної і приватної сфер життя термін *police* в його початковому значення виходить з ужитку – замість нього в XIX ст. в науковому і юридичному обігу в англійській і французькій літературі використовується термін «*administration*», який в середині XX ст. поступається іншому терміну «*government*» [49, с. 557].

Концепція *Polizeistaat* має безпосереднє відношення до виникнення концепції *Rechtsstaat* (континентального подібника англійського *the rule of law* – правовладдя), яка виникає як протиставлення *Polizeistaat* [50, с. 84]. Це протиставлення досить наочно простежується вже в працях Роберта фон Моля, який сформулював і розвинув цю концепцію в 1829 році<sup>12</sup>, Фрідріха Штала, Рудольфа Гнайста.

Цей процес слід розглядати в ширшому контексті становлення модерної держави, коли парадигма *caveat dominus*, згідно якої влада монарха розумілася за аналогією влади голови домогосподарства, поступається концепції народного суверенітету, народовладдя, в основі якої була покладена ідея політичної спільноти рівних і автономних громадян. *Rechtsstaat* в цьому сенсі виступає як заперечення моральної монополії держави на визначення і розуміння «добропорядку»: парадигма *ratio*, людини розумної, сформована в епоху Просвітництва, постулювала індивіда як автономну особистість, що здатна до незалежного самовизначення. Концепція *caveat dominus*, яка ґрунтувалася на чіткому розрізненні між правителем і тими, ким управляють, стала несумісною з концепцією народного суверенітету і новим баченням держави як політичної спільноти рівних самоврядних громадян.

**Принципи *nullum crimen*: становлення *ultima ratio*.** Період Великих кодифікацій кінця XVIII – початку XIX ст., що став періодом фрагментації і маргіналізації *caveat dominus*, став визначальним не тільки для становлення ідеї *Rechtsstaat* – саме в цей формаційний період відбувається становлення і концептуалізація системи основоположних принципів *nullum crimen*, що стали засадничими для сучасного кримінального права і з яких в другій половині XX ст. постане *ultima ratio*.

Важко переоцінити вплив концепції *police* на вироблення і становлення принципів *nullum crimen*, хоча сучасна наука історії права загалом і історії кримінального права зокрема обходять це питання, сприймаючи ідеї і концепції Ф. Суареса,

<sup>12</sup> Згідно концепції фон Моля, *Rechtsstaat* складається з трьох елементів: по-перше, урядовий порядок є наслідком волевиявлення вільних, рівних і раціональних індивідів, що складають політичну спільноту; по-друге, метою урядового порядку має бути свобода, безпека і добробут індивідів, хоча ця мета також включає ті функції *Polizei*, що встановлюють рамки регулювання і захисту цих благ; по-третє, держава має бути раціонально організована, що включає відповідальне урядування, незалежність суддів, парламентське представництво, управління за допомогою права і визнання основоположних громадянських свобод [див. 51, с. 318; 52, с. 49–50].

Т. Гоббса, Дж. Лока, Ш. Монтеск'є, Ч. Беккарія, поза контекстом дискусії серед мислителів Просвітництва щодо цього феномену. Саме через заперечення вибудови абсолютистської держави на основі концепції *police*, через необхідність обмеження влади певними раціональними рамками, через заперечення широкої дискреції держави і її агентів, їх свавілля, постає ідея певних зрозумілих, загальних і засадничих рамок для обмеження каральної влади держави. Концепція *police* оперувала прерогативними повноваженнями суверена і казуальними настановами. Тому необхідність виведення зрозумілих і чітких принципів для обмеження *police* в кінцевому підсумку призвела до виокремлення кримінального права з цієї концепції, що стало наочним в період Великих кодифікацій кінця XVIII – початку XIX століть.

Перше системне формулювання принципів *nullum crimen* і введення їх в науковий і практичний обіг здійснив Пауль Йоган Анзельм фон Фейербах. В 1801 році він сформулював «головну засаду» кримінального права: «Кожне правомірне покарання в державі є правомірним наслідком закону, що ґрунтується на необхідності збереження прав інших і загрожує за порушення прав суттєвим злом» [53, с. 19, § 19]<sup>13</sup>.

З цього «мета-принципу» він виводив три додаткові принципи: (1) *nulla poena sine lege* (немає покарання без закону), (2) *nulla poena sine crimine* (немає покарання без злочину), (3) *nullum crimen sine poena legali* (немає злочину без законного покарання) [53, с. 19–20, § 20].

В 1813 ці принципи були закріплені в Кримінальному кодексі Баварії [54, с. 14]. Згодом цей перелік був доповненим в різні час також (4) *nullum crimen sine lege* (немає злочину без закону), (5) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (немає злочину і покарання без заздалегідь встановленого закону), тобто цей принцип забороняє ретроактивну дію кримінального закону, (6) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (немає злочину і покарання без писаного закону), тобто кримінальна відповідальність має бути передбачена виключно законом, (7) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (немає злочину і покарання без визначеного закону), тобто склад злочину і кримінальна відповідальність за нього мають бути чітко визначені; (8) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (немає злочину і покарання без строгого закону), це є заборонаю аналогії та розширеного тлумачення в кримінальному праві [55, с. 28–29].

І вже радянське кримінальне право додало до цього переліку ще один принцип: (9) *nulla poena sine periculo sociali* (немає покарання без суспільної небезпеки) [16]<sup>14</sup>.

І хоча «головна засада» кримінального права Фейербаха швидко зникла з наукового дискурсу, похідні від неї принципи *nullum crimen* залишаються визначальними для сучасного кримінального права під новим «мета-принципом» – принципом законності [див. 57, с. 57; 11, с. 23; 58, с. 27; 55, с. 1].

Ці латинізми, сформульовані з претензією на історичне минуле і походження з римського права, насправді були «новомовою» епохи Великих кодифікацій.

<sup>13</sup> Разом з тим, з його праці не ясно, яким чином він вивів цю засаду (обґрунтування в цій праці зводиться лише до «з пояснення нашого можна вивести наступну головну засаду кримінального права...»). Однак дослідження цього питання «головної засади» наразі є суто питанням історичної науки – після Фейербаха ця «головна засада» швидко зникає з наукового дискурсу, а принципи *nullum crimen* набувають самостійного значення і розвитку.

<sup>14</sup> Власне подібний критерій – «шкода суспільству» – зустрічається ще у Чезаре Беккарія, в його класифікації злочинів [56, с. 24].



Фейербах виводив їх з природного права, послуговуючись латиною як *lingua franca* часів Просвітництва. Однак в тій чи іншій мірі ще до класифікації Фейербаха певні елементи цих принципів *nullum crimen* можна знайти в пруському *Verbessertes Landrecht* 1721 року, шведському Законі Королівства 1734 року, баварському *Codex juris criminalis* 1751 року та австрійських *Constitutio Theresiana* 1769 року і *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen* 1787 року [54, с. 12]. Принаймні сучасні історики кримінального права виводять такі елементи з непевних формулювань цих кодифікаційних текстів. Чезаре Беккарія в своєму трактаті «Про злочини і покарання» 1764 року, критикуючи середньовічний спадок *ius commune*, також обстоював ідею, що «...лише закони можуть встановлювати покарання за злочини і ця влада належить виключно законодавцю, який представляє все суспільство, об'єднане суспільним договором» [56, с. 12]. Власне впливом Беккарія можна пояснити, чому перші принципи фон Фейербаха стосувалися покарання (*nulla poena*), а не злочину як такого.

Під час кодифікації баварського кримінального права Пауль Фейербах обстоював ідею двох категорій караних діянь – злочинів і поліційних порушень (*contravention de police*), однак в ході роботи над проектом кодексу погодився на французьку модель з трьох категорій – злочинів, деліктів і порушень. З теоретичної точки зору такий поділ обґрунтовувався концепцією юридично захищених благ (*Rechtsverletzung*) [59, с. 67]. Це дозволило декриміналізувати знахарство, богохульство, деякі діяння сексуального характеру. Однак спроба системної кодифікації поліційних порушень виявилась неможливою, адже у цій сфері жорсткі рамки принципів *nullum crimen* виявилися явно непридатними. І Фейербах і уряд Баварії погодилися, що всі ці правопорушення мають бути винесені поза рамки кримінального кодексу і включені до окремого кодексу поліційних порушень [59, с. 67].

З першими модерними кодифікаціями кримінального права відбувається виокремлення з *caveat dominus* концепції криміналізації як *ultima ratio* і, як наслідок, виокремлення кримінального від некримінального. Феномен криміналізації постає як логічний елемент і наслідок *police* як суверенітету. І коли Американська революція мала за ідеал «урядування законами» (*rule by law*) на противагу колоніального «персонального урядування» (*personal government*), мислителі Просвітництва на європейському континенті обстоювали ідею правової держави, тобто держави, що керується законами (що згодом стало розумітися як *Rechtsstaat*) на противагу ідеї *Polizeistaat*. Поява принципів *nullum crimen*, тому, може бути концептуалізована як спроба вирішення проблеми легітимності державної влади в рамках парадигми Просвітництва.

**Ultima ratio в постмодерному конституціоналізмі.** Становлення принципів *nullum crimen*, по-перше, визначило фрагментарний характер кримінального права і, як наслідок, стало тим підґрунтям, на якому розвинулася концепція *ultima ratio*. Ця концепція означає, що криміналізація діяння може тільки тоді бути правомірною і обґрунтованою, коли інші засоби вирішення соціальної проблеми (за допомогою інструментарію адміністративного, цивільного, господарського права, тобто через некримінальні санкції чи регулювання) не є ефективними. Іншими словами, в її основі лежить розуміння субсидіарного характеру кримінально-правового регулювання, його «фрагментарний» характер.

Сам термін *ultima ratio* в контексті криміналізації і кримінального права з'являється в обігу наприкінці XIX ст. Ця концепція вперше була використана Антоні Моддерманом, міністром юстиції Нідерландів під час парламентських дебатів щодо проекту нового Кримінального кодексу в 1880 році: відповідаючи на питання парламентарів міністр зазначив, що кримінальне право має бути останнім засобом (*het laatste redmiddel*) при вирішенні різних проблем у суспільстві [60, с. 2].

Введенням в конституційний дискурс цього терміну ми завдячуємо Федеральному Конституційному Суду ФРН, який в рішенні у справі про аборти 1975 року виклав позицію, згідно якої «Якщо захист, передбачений Конституцією, не може бути забезпечений у будь-який інший спосіб, законодавець може бути зобов'язаний звернутися до інструментарію кримінального права для захисту життя, що розвивається. Кримінальна норма являє собою «*ultima ratio*» в інструментарії законодавчого органу. Відповідно до принципу пропорційності, що є частиною правовладдя і скеровує все публічне право, включаючи конституційне, він може використовувати ці засоби тільки у обережний і обачний спосіб» [61].

В рішенні 1993 року у другій справі про аборти Федеральний Конституційний Суд також підтвердив, що «В силу особливої інтенсивності втручання кримінальне право не повинно бути основним засобом юридичного захисту. Кримінальне право є *ultima ratio* такого захисту» [62, с. 391].

В іншому рішенні 2008 року у справі про конституційність кримінальної відповідальності за інцест Федеральний Конституційний Суд сформулював більш детально концепцію *ultima ratio* [63]. Підтвердивши, що «Кримінальне право використовується як «*ultima ratio*» захисту юридичних благ (*Rechtsgüterschutzes*), коли певне діяння, що порушує його заборону, є особливо соціально шкідливим і неприйнятним для впорядкованого співіснування людей, запобігання такому діянню є надзвичайно важливим», Конституційний суд вказав: «В силу соціально-етичного визначення неприпустимості, закладеного в погрозі покарання, його присудженні і виконанні, заборона надмірності як мірило для перегляду кримінальної норми має особливе значення» [63]. Визнавши, що законодавець у принципі вільний визначати, чи слід запроваджувати захист певного юридичного блага (*Rechtsgut*), що на його погляд є необхідним, за допомогою інструментарію кримінального права, та яким чином це має здійснюватися, Суд визначив три конституційні критерії, що мають скеровувати криміналізацію: (1) кримінальне положення повинно бути придатним (тобто може сприяти досягненню очікуваних результатів) і необхідним для досягнення визначеної мети (тобто немає іншого настільки ж ефективного, але менш обтяжливого для основоположного права засобу); (2) повинні бути збережені межі розумності для адресатів заборони (пропорційність у вузькому сенсі) – в сфері кримінальної відповідальності принцип вини (*Schuldprinzip*) і принцип пропорційності вимагають, щоб тяжкість злочину і вина порушника знаходилися у справедливому співвідношенні до санкції [63].

*Ultima ratio*, таким чином, є формою застосування конституційного принципу пропорційності в сфері кримінальної юстиції<sup>15</sup>. З цього підходу можна вивести чотири критерії оцінки конституційності положень, що криміналізують певне діяння:

- легітимність мети: криміналізація діяння повинна переслідувати легітимну мету;
- придатність: кримінальне положення повинно бути придатним для досягнення легітимної мети (здатним забезпечити таке досягнення);
- необхідність: інші правові заходи є неефективними чи непридатними для досягнення такої мети (пропорційність в широкому сенсі);
- пропорційність у вузькому сенсі: тяжкість кримінального діяння і вина повинні справедливо співвідноситися з санкцією.

Другий момент, який впливає з концепції *ultima ratio* та принципу поділу влади, полягає в тому, що питання криміналізації діяння належать до виключної компетенції законодавця. Органи конституційної юрисдикції не можуть абстрактно визначати, які діяння можуть бути криміналізовані, а які ні. Їхня компетенція обмежена лише питанням, чи дотримався законодавець конституційних меж, стандартів і критеріїв. Як зазначає Адан Мартін, «Основна ідея, що судді повинні бути дещо поступливими або поблажливими щодо законодавчих органів, ґрунтується на декількох засадах. По-перше, законодавчі органи представляють народ, що надає їм певну свободу розсуду чи дискреції. По-друге, слід зазначити, особливо, що стосується ЄСПЛ, що національний законодавець знаходиться у кращому становищі, аніж європейський суддя, щодо оцінки необхідності у запровадженні відповідних заходів, оскільки він має більше розуміння цього питання. Третя засада стосується відсутності емпіричних даних, що підтверджують ефективність положень кримінального законодавства» [64, с. 31].

Дискреція законодавця в сфері криміналізації у поєднанні з вимогами *ultima ratio* ведуть до застосування у підходах конституційного контролю презумпції конституційності *iuris tantum*<sup>16</sup>: положення кримінального закону презумується конституційним, допоки не спростований хоча б один з критеріїв *ultima ratio*.

В практичній площині положення кримінального законодавства мають розглядатися як обмеження конституційних прав і свобод, тому оцінка конституційності кожного окремого положення має відбуватися відповідно до конституційних стандартів такого обмеження [66, с. 12].

Ці конституційні стандарти оцінки конституційності кримінального закону дають певне розуміння критеріїв криміналізації в демократичному суспільстві. Однак,

<sup>15</sup> В англосаксонському праві аналогом *ultima ratio* є принцип мінімальної криміналізації (*principle of minimum criminalization*): «Цей принцип ... полягає в тому, що сфера дії кримінального права має бути зведена до мінімуму ... Сенс цього полягає не у тому, щоб звести кримінальне право до абсолютного мінімуму, а у тому, щоб забезпечити, що звернення до криміналізації мало б місце тоді, коли необхідно захистити індивідуальну автономію чи захистити ті соціальні устої, що є необхідними для забезпечення здатності і спроможності індивідів здійснювати свою автономію... Навіть коли вбачається теоретично обґрунтованим криміналізувати певне діяння, таке рішення не повинно прийматися без урахування оцінки можливого впливу криміналізації, її ефективності, побічних наслідків і можливості вирішення проблеми за допомогою інших форм регулювання і контролю» [57, с. 67–68].

<sup>16</sup> Щодо презумпції *iuris tantum* див.: [65, с. 368–369].

вони є недостатніми для відповіді на питання яке діяння має бути криміналізоване і чому. Оцінка конституційності відповідає лише на питання, чи правомірно вчинив законодавець, але питання як він мав вчинити, якими критеріями мав керуватися залишається в сфері розсуду законодавця.

**Поняття криміналізації.** Звернення до інструментарію кримінального права з боку законодавця є, певною мірою, формою «простого рішення»: криміналізація діяння не вимагає додаткових бюджетних витрат, глибокого аналізу соціального впливу і сприймається як ефективний популістський прийом в боротьбі за голоса виборців (або «кримінальний популізм» – *penal populism* [67, с. 7]). Як зазначає Нільс Йареборг, «Криміналізація регулярно використовується як перший засіб (*sola ratio*), частково тому що нова криміналізація не вимагає безпосередніх витрат, що мають бути враховані у бюджетних запитах органів кримінальної юстиції» [18, с. 524]. В теорії такого не повинно бути. Діяльність законодавця у такій чутливій для конституційних прав і свобод сфері як криміналізація повинна відповідати певним принципам і стандартам.

Згідно класичного для вітчизняної кримінально-правової науки визначення, криміналізація – «загальне поняття, що охоплює як процес, так і результат визначення видів діянь злочинними і кримінально-караними» [68, с. 17; 69, с. 20; 3, с. 209]. Як процес вона включає виявлення цілей, підстав і можливостей встановлення кримінальної відповідальності за діяння, що закріплюється у відповідному кримінальному законі. Результат в свою чергу означає сукупність норм кримінального права, що закріплюють склади кримінальних правопорушень і відповідні санкції за їх вчинення, а також підстави і умови притягнення до кримінальної відповідальності чи звільнення від неї [68, с. 17].

Без належної теорії криміналізації кримінальне законодавство сучасної держави стає жертвою «огучної надмірної криміналізації» («*rampant overcriminalization*») [1, с. 535] або «інфляції кримінального права» [18, с. 524]. Теорія криміналізації, як зазначає Дуглас Гусак, є саме «нормативними рамками для розрізнення між тими кримінальними законами, що є виправданими, і тими, що такими не є» [1, с. 3].

За останні 150 років в теорії кримінального права склалося п'ять основних підходів до питання криміналізації [70, с. 2]:

(1) **принцип шкоди** (*the harm principle*). Цей підхід, сформульований Джоном Стюартом Міллем, полягає в тому, що держава може легітимно криміналізувати діяння, яке спричиняє шкоду іншим, або створює неприйнятний ризик настання такої шкоди. Як писав Мілль, «єдиною метою, задля якої влада може бути легітимно здійснена по відношенню до будь-якого члена цивілізованої спільноти проти його волі, є попередження шкоди іншим» [71, с. 80]. Цей принцип, власне став наслідком становлення принципів *nullum crimen* як обмеження каральної функції модерної держави, адже його головний посыл полягав в тому, щоб обмежити сферу кримінального права, вилучивши з-під його дії діяння, що хоча і вважаються аморальними чи з інших причин неприйнятними, але не спричиняють шкоди іншим [72, с. 114]. Однак цей принцип при ближчому аналізі виявляється досить релятивним і непрактичним: «... «шкода» вже сама по собі морально забарвлена (і суттєво оспорювана) концепція» [73, с. 29].

(2) **юридичний патерналізм.** Цей підхід є різновидом принципу шкоди, адже включає такий аспект як попередження шкоди собі: «... коли філософ, такий як Гарт чи Раз стверджують, що як шкода іншим, так і шкода, спричинена самому правопорушнику, має значення при прийнятті рішення про криміналізацію, цей підхід може вважатися версією більш широкого принципу шкоди...» [70, с. 18].

(3) **принципи правопорушення (*the offense principle*).** Цей підхід, у викладенні Джоела Фейнберга, полягає в тому, що «Завжди переконливим аргументом на підтримку пропонованої криміналізації є той, що такий крок вірогідно буде ефективним способом попередження серйозних правопорушень (у порівнянні з аргументами щодо шкоди) ... та що ймовірно це є необхідним засобом досягнення цієї мети (тобто ймовірно немає рівного за ефективністю засобу, але з меншими втратами для інших цінностей)» [74, с. 1]. Іншими словами, цей підхід виходить з того, що попередження шкоди не є єдиним легітимним обґрунтуванням криміналізації. Однак концепція серйозних правопорушень при більш детальному аналізі повертає нас до понятійного апарату принципу шкоди [70, с. 54-55; 75, с. 23].

(4) **юридичний моралізм.** Цей термін ввів в обіг Герберт Гарт [76, с. 6], хоча засади цього підходу були сформульовані раніше сером Джеймсом Стівеном (1874) [77], лордом Девліном (1963) [78] та іншими. Під цим терміном розуміють декілька концепцій, пов'язаних однією наскрізною ідеєю. Так Артур Кафлік визначає юридичний моралізм як «підхід, згідно якого те, що є моральною вимогою має становити і юридичну вимогу: належна функція права полягає у забезпеченні моралі як такої» [79, с. 185]. Згідно Майкла Мура, «... теоретик юридичного моралізму вважатиме ..., що попередження діяння, що не завдає шкоди нікому, але тим не менш є морально неправильним ... є необхідним ...» [80, с. 68-69], тому «аморальність поведінки становитиме достатню підставу для обґрунтування кримінального закону» [80, с. 645]. В основі юридичного моралізму закладена концепція позитивної функції злочину Емілія Дюркгейма: діяння є злочином не само по собі, а в силу суспільної реакції на таке діяння, яка в свою чергу сприяє соціальній солідарності [81, с. 79-80]. Більше того, злочин є питанням моралі, адже за визначенням він є посяганням на почуття колективної свідомості групи. Цей вплив особливо простежується в роботі лорда Делвіна. Згідно його позиції (1) суспільство може за допомогою права убезпечити себе від розпаду [78, с. 11-13]; (2) єдність суспільства ґрунтується на «спільних уявленнях про політику, мораль і етику» [78, с. 10], без яких немає єдності групи як суспільства; (3) певні форми аморальної поведінки (напр., аборти, полігамія, евтаназія, гомосексуалізм, інцест, садизм) становлять загрозу спільним уявленням про мораль і згуртованості суспільства [78, с. 13]; (4) захист спільних моральних уявлень за допомогою права є необхідним засобом збереження суспільства [78, с. 13]. Юридичний моралізм, незважаючи на свою простоту і привабливість, не вирішує, власне, саму моральну дилему – що вважати моральним в демократичному суспільстві з його парадигмою плюралізму і розмаїття, а що аморальним і таким, що виправдовує криміналізацію. Цей підхід, як вбачається, є досить виправданим з точки зору чистої теорії для тоталітарних суспільств, але його застосування до демократичного суспільства висвітлює його релятивізм і суб'єктивізм.

(5) **дигнитарний принцип** (*the dignity principle*). Цей підхід розвинувся в рамках постмодерного конституціоналізму з його наголосом на людській гідності [82; 83, с. 307–325; 84, с. 291–345], але філософським підґрунтям цього розвитку був і залишається юридичний моралізм. На відміну від юридичного моралізму, цей підхід виходить з того, що найважливішим фактором при прийнятті рішень про криміналізацію з моральної точки зору є кантіанська ідея унікальної цінності кожної особистості, її гідності. Теоретики цього підходу обґрунтовують ідею, що слід відмовитися від традиційних концепцій криміналізації на користь кантіанського дигнитарного принципу криміналізації, тобто «концепції, що основною метою кримінального права є захист унікальної моральної цінності кожної людини» [82, с. 150]. Цей принцип виводиться з другого формулювання категоричного імперативу Іммануїла Канта: «Дій лише так, щоб ти завжди відносився до людства, будь-то у своїй особі, будь-то в особі всякого іншого, не як до засобу для досягнення мети, а завжди як до мети» [85, с. 230]. Для представників цього підходу цей принцип не є просто одним серед багатьох моральних принципів – аморальність в кінцевому підсумку становить порушення цього категоричного імперативу: «вся мораль походить від одного засадничого принципу – категоричного імперативу – який, забороняючи поводитися з людьми як з засобами, а не метою, відтворює зміст чи значення визнання гідності за людьми» [82, с. 160]. Тому головна мета кримінального права – захищати гідність (унікальну моральну цінність) кожного індивіда за допомогою криміналізації діянь, в яких індивід стає засобом, а не метою [70, с. 98].

Ці теорії сфокусовані на понятті кримінального правопорушення, але в силу такого фокусу залишають поза увагою ширший контекст характеру і мети кримінального права. Теорія криміналізації має дати відповідь на питання, що робить цю галузь саме кримінально-правовою, що є відмінною рисою цілей кримінального права. Адже як зазначає Маркус Даббер, «Це означає, що розгляд питання криміналізації вимагає не просто розгляду *simpliciter* злочину, але права взагалі і кримінального права як його частини» [86, с. 191].

**Висновки.** Криміналізація має чіткий конституційний вимір – недаремно сучасні концепції конституції і кримінального права постають одночасно на зламі XVIII–XIX століть, у період становлення модерної держави.

Конституційні стандарти оцінки конституційності кримінального закону дають певне розуміння критеріїв криміналізації в демократичному суспільстві, хоча вони є недостатніми для відповіді на питання яке діяння має бути криміналізоване і чому. Концепція *ultima ratio*, тому, становить скоріш етичну вимогу до законодавця, аніж нормативний принцип, що здатен визначати межі законодавчої дискреції. Однак, якщо змістити фокус аналізу з дискреції на мету застосування засобів кримінальної політики для захисту конституційних цінностей чи благ, ця концепція набуває певних ознак мета-принципу криміналізації, з якої логічно постає подальша проблематика науково-практичного дослідження, як-то конституційний обов'язок криміналізації *vis-à-vis* конституційного обов'язку утриматися від криміналізації.

З такої точки зору слід вибудовувати теорію криміналізації, фокусуючись не на діянні як такому, а на меті. Такий аналітичний підхід, певною мірою, повертає

нас до вихідної точки виникнення кримінального права – концепції *police* як забезпечення добропорядку в суспільстві і концепції справедливості. Кримінальне право, відокремившись від *police* в ході Великих революцій і раціоналізації державного управління, не було позбавлене своєї парадигматичної мети – забезпечення умов існування громадянського суспільства [87, с. 207]. Іншими словами, кримінальне право не має незалежної мети, іншої ніж мета нормативного правопорядку загалом. Як зазнає Ліндсі Фармер, «... основним питанням є те, що криміналізація не має сенсу в ізоляції від сучасного характеру інституту кримінального права» [88, с. 97].

Другий важливий момент – публічність, про яку йшлося вище: кримінальне право одночасно виконує публічну функцію захисту (забезпечення безпеки індивіда від *imperium* та *dominium*) і є публічним правом, що опікується захистом і підтриманням юридичних благ (*Rechtsgüter*).

Третій момент – кримінальне право не є тотожним моралі чи моральним законам. Воно є політичною інституцією держави. Тому теорія криміналізації не може бути універсальною – вона залежить від політичної концепції держави і суспільства і визначається через поняття ролі, яку кримінальне право має відігравати у конкретній політії [67, с. 5]. Тома має сенс говорити про демократичну, авторитарну чи тоталітарну теорії криміналізації.

### Література

1. Husak D. Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2008. 231 [xi] p.
2. Гацелюк В. Криміналізація суспільно небезпечних діянь протягом дії Кримінального кодексу України 2001 року: останні сюжети на фоні загальної палітри законодавчих рішень. Київ : ВАІТЕ, 2021. 228 с.
3. Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110-2 КК України). *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 4. С. 209-214.
4. Дудоров О., Хавронюк М. Кримінальне право. Київ : ВАІТЕ, 2014. 944 с.
5. The German Criminal Code A Modern English Translation. (transl. by Michael Bohlander). Oxford and Portland : Hart Publishing, 2008. 191 p.
6. Dressler J. Understanding Criminal Law. 4th edn. Newark : LexisNexis, 2006. 656 p.
7. Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики. Москва : Изд. Военной коллегии Верх. Трибун. ВЦИК, 1922. 26 с.
8. Уголовный кодекс РСФСР. Москва : Юридическое изд-во НКЮ СССР, 1938. С. 223.
9. Packer H. The Limits of the Criminal Sanction. Stanford: Stanford University Press, 1968. 385 [xi] p.
10. Kelman M. Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law. *Stanford Law Review*. 1981. Vol. 33, No. 4. P. 591–673.
11. Farmer L. Criminal Law, Tradition and Legal Order. Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present. Cambridge : Cambridge University Press, 1996. [x] 207 с.
12. Lacey N. Contingency, Coherence and Conceptualism: Reflections on the Encounter between ‘Critique’ and ‘the Philosophy of the Criminal Law’. *Philosophy and the Criminal Law* (A. Duff ed). Cambridge: Cambridge University Press, 1998. P. 9–59.
13. Lacey N. Philosophical Foundations of the Common Law: Social not Metaphysical. *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th Series (J. Horder ed). Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 17–40.
14. Halpin A. Definition in the Criminal Law. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004. 219 p.
15. Duff A. Introduction. *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique* (A. Duff ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998. P. 1–8.
16. Dubber M. Ultima Ratio as Caveat Dominus: Legal Principles, Police Maxims, and the Critical Analysis of Law (July 3, 2013). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2289479>

17. Melander S. *Ultima Ratio* in European Criminal Law. *Oñati Socio-legal Series*. 2013. Vol. 3. No. 1. P. 42–61.
18. Jareborg N. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*. 2005. Vol. 2. No. 2. P. 521–534.
19. Ristroph A. Responsibility for the Criminal Law. *Philosophical Foundations of Criminal Law* (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 107–124.
20. Crick B. *Democracy: A Very Short Introduction*. Oxford : Oxford University Press, 2002. 143 p.
21. Рулан Н. Историческое введение в право. Москва: Nota Bene, 2005. 672 с.
22. Водяніков О. Демократія і конституція: приховані парадокси. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. 2020. Вип. 87. С. 23–42.
23. Pettit P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997. 352 p.
24. Dagger R. Republicanism and the Foundations of Criminal Law. *Philosophical Foundations of Criminal Law* (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford : Oxford University Press, 2011. P. 44–66.
25. Sellers M. *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*. New York : Palgrave Macmillan, 2003. 211 p.
26. de Vaan M. *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*. Leiden, Boston : BRILL, 2008. 839 p.
27. Liddell H., Scott R. *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1940. 2438 p.
28. Neocleous M. *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*. London, Sterling : Pluto Press, 2000. [xv] 160 p.
29. Axtmann R. “Police” and the Formation of the Modern State: Legal and Ideological Assumptions on State Capacity in the Austrian Lands of the Habsburg Empire, 1500–1800. *German History*. 1992. Vol. 10. No. 1. P. 39–61.
30. Heidenheimer A. Politics, Policy and Policity as Concepts in English and Continental Languages: An Attempt to Explain Divergences. *The Review of Politics*. 1986. Vol. 48. No. 1. P. 3–30.
31. Чарман В. *Police State*. London : Pall Mall Press, 1970. 150 p.
32. Арістотель. Політика. Київ : Основи, 2000. 239 с.
33. An Inventory of Archaic and Classical Poleis. (Mogens Herman Hansen and Thomas Heine Nielsen ed.). Oxford: Oxford University Press, 2004. [xv] 1396 p.
34. Davies J. The ‘Origins of the Greek Polis’: Where should We be Looking? *The Development of the Polis in Archaic Greece* (Lynette G.Mitchell and P.J.Rhodes ed.). London and New York : Routledge, 1997. P. 13–20.
35. Pagden A. Europe: Conceptualizing a Continent. *The Idea of Europe. From Antiquity to the European Union* (ed. by Anthony Pagden). Cambridge et al.: Woodrow Wilson Center Press; Cambridge University Press, 2002. P. 33-54.
36. O’Daly G. *Augustine’s City of God: A Reader’s Guide*. Oxford: Clarendon Press, 1999. 336 p.
37. Ле Гофф Ж. Рождение Европы. Санкт-Петербург: «Александрия», 2007. 398 с.
38. Franklin-Brown M. *Reading the World : Encyclopedic Writing in the Scholastic Age*. Chicago London : The University of Chicago Press, 2012. [xxii] 446 p.
39. Donien J. Hausväterliteratur. *Encyclopedia of Early Modern History Online*. (Graeme Dunphy, Andrew Gow eds.) URL: [http://dx.doi.org/10.1163/2352-0272\\_emho\\_SIM\\_020741](http://dx.doi.org/10.1163/2352-0272_emho_SIM_020741)
40. Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England*. Book IV: Of Public Wrongs. Oxford : Oxford University Press, 2016. [xxxiii] 409 p.
41. Huston C. *The Enforcement of Decrees in Equity*. Cambridge: Harvard University Press, 1915. 222 p.
42. Waite J. Caveat Emptor and the Judicial Process. *Columbia Law Review*. 1925. Vol. 25. No. 2. P. 129–151.
43. Scribner R. Police and the Territorial State in Sixteenth-century Wurttemberg. *Politics and Society in Reformation Europe* (E. I. Kouri and Tom Scott eds.). London: The Macmillan Press, 1987. P. 103-120.
44. Legarre S. The Historical Background of the Police Power. *Journal of Constitutional Law*. 2007. Vol. 9. No. 3. P. 745–796.
45. Adam Smith. *Lectures on Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1978. 654 p.
46. US Supreme Court. *License Cases*, 46 U.S. 504 (1847). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/46/504/>



47. A Bill for Amending the Constitution of the College of William and Mary, and Substituting More Certain Revenues for Its Support, 18 June 1779. URL: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0080>
48. US Supreme Court. *Barnes v. Glen Theatre* 501 U.S. 560, 569 (1991) URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/560/>
49. Hildebrandt M. Governance, Governmentality, Police, and Justice: A New Science of Police? *Buffalo Law Review*. 2008. Vol. 56. No. 2. P. 557–598.
50. Krygier M. Inside the Rule of Law. *Rivista di filosofia del diritto*. 2014. Vol. III. No. 1. P. 77–98.
51. Loughlin M. Foundations of Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010. 515 p.
52. Böckenförde E.-W. State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law. New York : Berg, 1991. 257 p.
53. Фейербах П. Уголовное право. Санкт-Петербург: Медицинская типография, 1810. 122 с.
54. Masferrer A. Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America. *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of its Predominant French Influence.*(Aniceto Masferrer ed.). Cham: Springer, 2018. P. 3–50.
55. Timmerman M. Legality in Europe. On the Principle *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege* in EU Law and under the ECHR. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2018. [xii] 350 p.
56. Beccaria C. On Crime and Punishment and Other Writings. Cambridge : Cambridge University Press, 1995. [xlix] 177 p.
57. Ashworth A. Horder J. Principles of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. 608 p.
58. Hall J. General Principles of Criminal Law. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1960. 642 p.
59. Härter K. The Influence of the Napoleonic Penal Code on the Development of Criminal Law in Germany: Juridical Discourses, Legal Transfer and Codification. *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of Its Predominant French Influence.*(Aniceto Masferrer ed.). Cham : Springer, 2018. P. 53–75.
60. Yoserwan Elwi Danil, Kurnia Warman, Yulfasni. The Implementation of Ultimum Remedium Principle in Economic Criminal Law of Indonesia. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2019. Vol. 22, Issue 2. P. 1–5.
61. Bundesverfassungsgericht. *Schwangerschaftsabbruch I*. 39 BVerfGE, 1 (1975). URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>
62. Kommers D., Miller R. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (3rd edn.). Durham and London: Duke University Press, 2012. 904 p.
63. Bundesverfassungsgericht. *Geschwisterbeischlaf*. 120 BVerfGE, 224 (2008). URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html>
64. Martín A. *Saudade* of the Constitution: The Relationship between Constitutional and Criminal Law in the European Context. *New Journal of European Criminal Law*. 2019. Vol. 10, No. 1. P. 28–33.
65. Rudzkis T., Panomariovas A. Legal Presumptions in the Context of Contemporary Criminal Justice. *Hungarian Journal of Legal Studies*. 2017. Vol. 58. No. 3. P. 359–372.
66. Tuori K. *Ultima Ratio* as a Constitutional Principle. *Oñati Socio-Legal Series*. 2013. Vol. 3. No. 1. P. 6–20.
67. Duff R., Farmer L., Marshall S., Renzo M., and Tadros V. Introduction: Towards a Theory of Criminalization? *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law* (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 1–53.
68. Кудрявцев В.Н. Криминализация как способ осуществления уголовной политики. *Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация)*. (ред. В. Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев). Москва : Наука, 1982. С. 11–32.
69. Фріс П. Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014, № 1(2). С. 19–28.
70. Petersen T. Why Criminalize? New Perspectives on Normative Principles of Criminalization. Cham : Springer, 2020. [viii] 149 p.
71. Mill J. On Liberty. New Haven and London : Yale University Press, 2003. [x] 249 p.
72. Harcourt B. The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. 1999. Vol. 90. No. 1. P. 109–194.

73. MacCormick N. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford : Oxford University Press, 1984. 256 p.
74. Feinberg J. *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 2: Offense to Others*. Oxford : Oxford University Press, 1985. 348 p.
75. Roberts P. Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation. *Incidivilities: Regulating Offensive Behaviour*. (von Hirsch A, Simester A. eds.). Oxford : Hart Publishing, 2006. P. 1–56.
76. Hart H. *Law, Liberty, and Morality*. Oxford : Oxford University Press, 1963. 96 p.
77. Stephen J. *Liberty, Equality and Fraternity*. (2nd edn.). Cambridge: Cambridge University Press, 1967. 312 p.
78. Devlin P. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1963. 153 p.
79. Kuflik A. Liberalism, Legal Moralism and Moral Disagreement. *Journal of Applied Philosophy*. 2005. Vol. 22. No. 2. P. 185–198.
80. Moore M. *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford : Clarendon Press, 1997. 872 p.
81. Durkheim E. *The Division of Labor in Society*. Glencoe : Free Press, 1960. [xxiv] 439 p.
82. Dan-Cohen M. Defending Dignity. *UC Berkeley Shool Law Public Law Legal. Theory Reserach Paper*. No. 92. 2002. P. 150–171.
83. Hörnle T. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. *Criminal Law Philosophy*. 2012. Vol. 6. No. 3. P. 307–325:
84. Buchhandler-Raphael M. Drugs, Dignity, and Danger. Human Dignity as a Constitutional Constraint to Limit Overcriminalization. *Tennessee Law Review*. 2013. Vol. 80. P. 291–345.
85. Kant I. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven and London : Yale University Press, 2002. [xviii] 194 p.
86. Dubber M. Criminal Law between Public and Private Law. *The Boundaries of the Criminal Law* (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros eds.). Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 191–213.
87. MacCormick N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. [xvi] 317 p.
88. Farmer L. Criminal Law as an Institution: Rethinking Theoretical Approaches to Criminalization. *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law* (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 80–100.

## Анотація

**Водяніков О. Ю.** Конституція і злочин: теорія криміналізації в світлі конституційної концепції *Ultima Ratio*. – Стаття.

Стаття присвячена питанню теорії криміналізації, її конституційних принципів у більш широкій перспективі і загальноісторичному контексті становлення модерної держави і сучасного конституціоналізму. Кримінальне право виступає останнім засобом державної політики (*ultima ratio*), що застосовується, якщо інші засоби виявились неефективними. Тому питання криміналізації має розглядатися крізь призму фрагментарності і субсидіарності кримінального права, що вимагає звернення до більш широкого контексту, як історичного (тобто як виникає ідея окремої галузі кримінального права), так соціально-політичного (тобто ролі і функцій кримінального права в демократичному суспільстві).

В статті розкривається історія становлення сучасного кримінального права, виникнення його засад і принципів, що відбувалося в процесі занепаду домодерної парадигми *caveat dominus* з її визначальною концепцією *police* та *Polizeistaat* і становлення модерної держави в часи Великих революцій XVIII ст. з її кодифікаціями, ліберальним конституціоналізмом (*Rechtsstaat*), національною державою і новими поняттями політичної легітимності. Саме в цей час відбувається виникнення системи принципів *nullum crimen*, що стали засадничими для сучасного кримінального права і з яких в другій половині XX ст. постає *ultima ratio*.

Концепція *ultima ratio* означає, що криміналізація діяння є правомірною і обґрунтованою, якщо інші засоби вирішення соціальної проблеми (за допомогою інструментарію адміністративного, цивільного, господарського права, тобто через некримінальні санкції чи регулювання) не є ефективними. Вона визначає чотири критерії оцінки конституційності положень, що криміналізують певне діяння (легітимність мети, придатність, необхідність та пропорційність між тяжкістю діяння і вини та санкцією). Дискреція законодавця в сфері криміналізації у поєднанні з вимогами *ultima ratio* веде до застосування у підходах конституційного контролю презумпції конституційності *iuris tantum*.

Автор обстоює позицію, що теорію криміналізації слід вибудовувати, фокусуючись не на діянні як такому, а на меті. Адже кримінальне право не має незалежної мети, іншої ніж мета нормативного правопорядку загалом. Воно одночасно виконує публічну функцію захисту (забезпечення безпеки індивіда від *imperium* та *dominium*) і є публічним правом, що опікується захистом і підтриманням юридичних благ. Тому теорія криміналізації не може бути універсальною – вона залежить від політичної концепції держави і суспільства і визначається через поняття ролі, яку кримінальне право має відігравати у конкретній політії.

*Ключові слова:* конституція, теорія криміналізації, *ultima ratio*, принципи *nullum crimen, Polizeistaat, Rechtsstaat*, оцінка конституційності кримінального закону, парадигма *caveat dominus*.

## Summary

**Vodiannikov O. Yu. Constitution and Crime: Theory of Criminalisation in the Light of the Constitutional Concept of *Ultima Ratio*.** – Article.

The article discusses the theory of criminalization, its constitutional principles in a broader perspective and general historical context. Criminal law serves as the last resort of state policy (*ultima ratio*) to be invoked if other means have proved ineffective. Therefore, the issue of criminalization should be considered via criminal law's fragmentation and subsidiarity, with due regard to a broader context, both historical (how the idea of an autonomous criminal law emerged), and socio-political (what are criminal law's role and functions in a democratic society).

The article offers historical review of modern criminal law evolution, the emergence of its foundations and principles, which occurred during the decline of the pre-modern *caveat dominus* paradigm with its defining concept of police and *Polizeistaat* and the formation of a modern state during the Great Revolutions of the 18th century, its codifications, liberal constitutionalism (*Rechtsstaat*), the nation state and new ideas of political legitimacy. During this foundational period the system of *nullum crimen* principles gained its sway and became fundamental for modern criminal law. Later, in the second half of the 20th century, these principles laid foundations for *ultima ratio*.

The concept of *ultima ratio* means that the criminalization is legitimate and justified if other means to resolve a social problem (i.e. non-criminal sanctions or regulation) are ineffective. It defines four criteria for assessing the constitutionality of criminalization (legitimacy of the purpose, suitability, necessity and proportionality between the severity of an act and guilt, and sanction). The legislator's discretion in the field of criminalization in conjunction with the requirements of *ultima ratio* lead to the *iuris tantum* presumption of constitutionality.

The author argues that the theory of criminalization should be built with the focus on the objectives, not on act as such. After all, criminal law does not have independent objectives, other than those of the general legal order). It performs a public function of protection (protecting an individual from *imperium* and *dominium*) and simultaneously it is a public law that takes care of the protection and maintenance of public goods. Therefore, the theory of criminalization cannot be universal – it depends on the political concept of the state and society and is determined by the role that criminal law should play in a *conterte body politic*.

*Key words:* constitution, theory of criminalisation, *ultima ratio*, *nullum crimen* principles, *Polizeistaat, Rechtsstaat*, constitutionality of criminal law, *caveat dominus* paradigm.

УДК 614.2:004.77+615.11(0.034.2):34:61  
DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.3>

*О. М. Геглюк*

## НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИФРОВІЗАЦІЇ ЯК ПРІОРИТЕТНОГО НАПРЯМКУ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

**Постановка проблеми.** Одним із пріоритетів державної політики у забезпеченні тривалого соціально-економічного розвитку України визначено збереження й зміцнення здоров'я населення на основі формування здорового способу життя та підвищення доступності й якості медичної допомоги. Медична галузь тісно пов'язана з накопиченням і обробленням значних обсягів інформації, що в сьогоденнішніх реаліях переходить у цифровий простір.

Електронна система охорони здоров'я (далі – ЕСОЗ) стала невід'ємною частиною медичної реформи, яка значно змінює принципи надання та фінансування медичної допомоги в нашій державі та має на меті покращити доступ пацієнта до медичної допомоги і полегшити роботу лікаря. Внаслідок застосування інформаційних технологій весь сектор охорони здоров'я стає прозорішим і підзвітним на рівні звичайних громадян, оскільки з цього часу медичні заклади отримують фінансування відповідно до медичних послуг, які вони реально надають. ЕСОЗ це безперервний варіант комунікації між закладами охорони здоров'я, органами публічної влади, лікарями та пацієнтами, що обрана більшістю країн світу. Доступ до медичної інформації, з одного боку, мотивує громадськість до дотримання здорового способу життя, самостійного керування своїм станом та лікуванням, а з іншого – до координування медичної допомоги між лікарями, поліпшення комунікації медичних працівників між собою на державному та міждержавному рівнях. Цифровізація в сфері охорони здоров'я має потенціал для впровадження інновацій і поліпшення доступу до медичної допомоги, якості медичної допомоги та підвищення загальної ефективності сектора охорони здоров'я. Тому важливим є продовження наукових досліджень в частині вивчення проблем цифровізації у сфері охорони здоров'я з урахуванням вивчення досвіду зарубіжних країн.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Питанням формування та розвитку державної ЕСОЗ в Україні приділялось достатньо уваги такими вченими: Н. С. Орлова, Я. Ф. Радиш, О. В. Устінов, У. Я. Андрусів, М. М. Бучкевич, С. В. Горохов, Н. Б. Юрченко, та ін. Проте не дивлячись на значну кількість досліджень цифровізації у сфері охорони здоров'я, маловивченими залишаються питання щодо правового регулювання забезпечення конфіденційності, захисту прав пацієнтів у сфері охорони здоров'я, прозорості та підзвітності медичних електронних платформ.

**Метою** статті є комплексний аналіз нормативно-правового забезпечення цифровізації у сфері охорони здоров'я зарубіжних країн та національного законодавства, як ключового фактору реформування системи охорони здоров'я, визначення її перспектив та ризиків.

**Результати дослідження.** Новітні інформаційні та комунікаційні технології суттєво змінюють суспільні відносини – відбувається становлення нового, інформаційного, а зараз вже цифрового суспільства. При цьому зменшуються відстані, поглиблюється глобалізація, створюються безпрецедентні можливості для розвитку регіонів. Однією із найважливіших умов ефективного реформування державних інституцій та публічної влади в умовах цифрової трансформації – це електронне урядування, що переходить у цифровізовану форму, метою якого є поліпшення ефективності роботи органів влади з громадянами, підприємствами й іншими установами та зменшення спільних витрат часу і коштів [1, с. 140]. Електронне урядування – форма організації державного управління, яка сприяє підвищенню ефективності, відкритості та прозорості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій для формування нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян [2]. Впровадження електронного урядування у різні сфери публічного адміністрування здебільшого відбувається через застосування інформаційно-комунікаційних технологій, тобто так званої цифровізації.

Термін цифровізація (з англ. digitalization) – це впровадження цифрових технологій в усі сфери життя: від взаємодії між людьми до промислових виробництв, від предметів побуту до дитячих іграшок, одягу тощо [3]. Так, на думку, Г. Б. Соколової, насичення матеріального світу електронно-цифровими приладами, системами, зразками та налагодження електронно-комунікаційного обміну між ними називається цифровізацією. Цифрова трансформація існуючих та створення нових галузей економіки, трансформація всіх сфер життєдіяльності України у нові, більш ефективні та сучасні є головною метою цифровізації України. Створення сучасного інфраструктури та відповідного цифрового простору вигідно всім: і зовнішньому інвестору, і бізнесу, і громадянам [4, с. 94].

М. А. Латинін вважає, що проблема розбудови інформаційного суспільства повинна бути настільки ж пріоритетною для нашої країни, як і проблеми подолання бідності, поліпшення здоров'я, збільшення робочих місць. Тому розбудова інформаційного суспільства, удосконалення інформаційного законодавства повинні стати стратегічними пріоритетами для всього суспільства й держави [5].

Науковець О. І. Піжук, фактично дає визначення терміну «цифровізація» як у Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації, вирізняючи тим, що механізм називає «певна платформа економічного зростання», що дозволяє завдяки використанню цифрових технологій збільшити продуктивність та покращити ефективність будь-якої господарської діяльності. Однак, автор відмічає, що таке зростання є можливим лише тоді, коли ідеї, впливи, ініціативи та платформи, які стосуються цифровізації, будуть цілком інтегровані в національні та регіональні стратегії і програми розвитку [6, с. 88]. Тобто запорукою успішної цифрової трансформації є формування цифрових ідей у національних та регіональних стратегіях і програмах розвитку.

Щодо електронного урядування, то цифровізація передбачає перетворення традиційних паперових процесів на цифрові платформи. У цьому контексті цифрова трансформація розглядається як вдосконалена форма інновацій електронного урядування,

яка переробляє фізичні процеси для підвищення ефективності та результативності. Разом із тим, цифровізація сприяє просуванню демократії, прозорості, підзвітності та свободи [7, с. 40].

Таким чином, під електронним урядуванням слід розуміти форму організації взаємовідносин у сфері публічного адміністрування зокрема, а цифровізацію – як спосіб впровадження електронного урядування.

У сучасних умовах цифровізація – це одна з визначальних тенденцій розвитку європейської цивілізації, яка формує кращі механізми публічного адміністрування та розширює доступ до освіти, банківської справи, охорони здоров'я.

Європейська комісія у 2015 році затвердила Стратегію єдиного цифрового ринку Європейського Союзу, встановивши три стратегічні цілі: 1) покращення доступу до цифрових товарів і послуг, через забезпечення кращого доступу споживачів і бізнесу до онлайн-товарів і послуг по всій Європі; 2) створення належного середовища для цифрових мереж і послуг, шляхом забезпечення високошвидкісних, безпечних та надійних інфраструктур та послуг, що підтримуються відповідними нормативними актами; 3) максимізація потенціалу зростання європейської цифрової економіки, щоб кожен громадянин міг повною мірою користуватися її перевагами, зокрема шляхом підвищення цифрових навичок для інклюзивного цифрового суспільства [8].

Не є виключенням впровадження цифрових технологій і на національному рівні.

Першим кроком всеохоплюючої цифровізації на державному рівні в Україні стало розроблення у 2016 році концептуальних засад, які відображені у спільному проекті «Цифрова адженда України – 2020» [9]. Ініціатором цього проекту виступило Міністерство економічного розвитку та торгівлі України, а до розробки даного проекту були залучені представники державних органів влади, передових компаній у сфері використання цифрових технологій, громадських організацій, асоціацій, консалтингових груп, науковців, незалежних експертів та інші. Окремою складовою загальної цифрової трансформації виступає цифровізація системи охорони здоров'я та використання інформаційно-комунікаційних технологій у медичній сфері.

Цифрова трансформація в сфері охорони здоров'я забезпечує взаємодію між пацієнтами, медичними працівниками та установами за допомогою цифрових технологій. Перехід медичного документообігу України у цифровий формат – ключова мета «цифрової» медицини. У проекті «Цифрова адженда України – 2020» зазначено основні етапи формування цифровізації в сфері охорони здоров'я, що включають: створення та затвердження національних стандартів «цифрової» медицини та впровадження Computerized Medical Record – систематичної роботи щодо оцифрування даних медичних карт, запровадження архівно-резервних функцій. Electronic Medical Record передбачає, що медичні карти пацієнтів ведуться лікарем в електронній формі, до яких підв'язані у тому числі оцифровані архівні медичні картки та дублювання на паперових носіях не потребують. Кожен лікар зі свого терміналу може отримати доступ та внести дані. Таким чином, впровадження Computerized Medical Record забезпечить обмін медичною інформацією між лікарями про пацієнта та спрощує роботу лікаря, оскільки не потребує паперового дублювання.

Опираючись на вже існуючий проект реалізації цифровізації в Україні у 2018 році Кабінет Міністрів України схвалив «Концепцію розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки». Основна мета даної концепції полягає у досягненні цифрової трансформації існуючих та створенні нових галузей економіки, а також перетворення сфер життєдіяльності у нові більш ефективні та сучасні. Такий приріст є можливим лише тоді, коли ідеї, дії, ініціативи та програми, які стосуються цифровізації, будуть інтегровані, зокрема, в національні, регіональні, галузеві стратегії і програми розвитку [10].

Таким чином, цифровізація сприяє прозорості влади, допомагає долати корупцію, забезпечує громадянам однакові можливості – і мешканцям міст, і віддалених сіл. Цифрова трансформація прискорює інтеграцію України з Європою й світом та адаптує національні вимоги до європейських стандартів.

Використання цифрових технологій охоплює всі сфери життя, а також дозволяє використовувати нові можливості, в тому числі і в сфері охорони здоров'я. В Україні запроваджена та використовується ЕСОЗ e-Health, що в свою чергу складається з Центральної бази даних (ЦБД), яка містить передбачені законодавством реєстри, програмні модулі, інформаційну систему Національної служби здоров'я України (НСЗУ), в частині, необхідній для реалізації державних фінансових гарантій та ін., та забезпечує можливість створення, перегляду, обміну інформацією та документами між реєстрами, державними електронними інформаційними ресурсами, електронними медичними інформаційними системами, а також з МІС, тобто електронної медичної інформаційної системи, яка дає змогу автоматизувати роботу суб'єктів господарювання у сфері охорони здоров'я, створювати, переглядати, обмінюватися інформацією в електронній формі, зокрема з центральною базою даних [11].

Серед зарубіжних країн, прикладом сучасної цифровізації у сфері охорони здоров'я можна вважати Данію, оскільки ця країна має одну із найдосконаліших систем електронної охорони здоров'я. Головною складовою данської системи є універсальний реєстр-портал Sundhed.dk, де міститься уся інформаційна база для роботи лікарів та користування пацієнтів. Зазначена платформа постійно оновлюється та удосконалюється з метою розширення функціональних можливостей для лікарів та можливостей для користувачів [12, с. 121].

У Великобританії пацієнтів реєструють в ЕСОЗ. Більшість британських клінік працюють з електронною системою, яка надає доступ до медичної інформації будь-яким фахівцям всередині системи. Ключовим пріоритетом системи охорони здоров'я Великобританії є розширення пропозиції телемедицини [13].

У 2004 році Франція прийняла законодавство щодо впровадження «Досье Медичного персоналу». Після ретельного огляду в 2008 р. проблем у галузі охорони здоров'я було створено новий Компетентний орган з питань електронного здоров'я, Агентство спільних інформаційних систем охорони здоров'я (Agence des Systèmes d'Information Partagés de Santé). Діяльність установ спрямована на впровадження загальної інформаційної інфраструктури охорони здоров'я відповідно до медичних, технічних та правових вимог у цій галузі та заохочення до її використання, розробку та просування внутрішніх та міжнародних керівних принципів, особливо в галузі

інформаційної безпеки, розробку та впровадження спільних ІТ-систем охорони здоров'я [14, с. 191]. Значну роль також у розвитку ЕСОЗ відіграла Федеративна Республіка Німеччини, де Федеральне міністерство охорони здоров'я визнало та створило основу для використання багатьох переваг цифровізації у сфері охорони здоров'я країни. Серед яких: запровадження електронної картки пацієнта (ePA), запровадження електронного рецепта (e-рецепт), створення нового доступу до цифрових медичних програм (DiGA або «Додаток за рецептом»), просування телемедицини та створення дослідницького центру обробки даних [15]. Потрібно додати, що окрім Німеччини є ще країни, які також використовують єдину систему електронних медичних карт (Electronic Health Record – EHR). Це такі країни, як: Естонія, Австрія, Франція, Ізраїль, Японія, Сінгапур, Фінляндія, Словаччина, Іспанія, Швеція та Польща. Частково працює EHR у Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії в державних клініках. Відповідні системи EHR складаються з елементів, які відповідають за захист даних, отримання доступу до інформації лікарями, розробку єдиної бази термінів та загальних стандартів [16].

Національна електронна охорона здоров'я (e-здоров'я, e-Health) – це екосистема гармонічних та взаємоприйнятних інформаційних відносин усіх учасників медичного середовища держави, які базуються на економічно ефективному та безпечному використанні інформаційно-комунікаційних технологій, спрямованих на підтримку системи охорони здоров'я, включаючи медичні послуги, профілактичний нагляд за здоров'ям, медичну літературу та медичну освіту, знання та дослідження [17]. Ця система дозволяє пацієнтам зручно та якісно отримувати медичні послуги, забезпечує лікарів необхідним доступом до медичних даних пацієнта, а керівників лікарень – максимальною аналітичною інформацією для прийняття управлінських рішень.

Наразі впровадження та розвиток цифровізації у сфері охорони здоров'я України регулюється значним переліком нормативно-правових актів, що потребує їх класифікації для зручності правозастосування усіма учасниками відносин у цій галузі.

Першу групу становлять акти, які стосуються загальних питань цифровізації усієї сфери публічного адміністрування, а саме: Стратегія розвитку інформаційного суспільства в Україні, Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», Стратегія реформування державного управління України на 2016–2020, Концепція розвитку електронного урядування в Україні, Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки; і такі Закони України як: «Про Національну програму інформатизації», «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про державну підтримку розвитку індустрії програмної продукції». Також цифровізації сприяло прийняття розпорядження Кабінету Міністрів України від 10 липня 2019 року № 526-р «Про схвалення Стратегії розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року».

Такі акти містять загальні норми щодо впровадження цифрових технологій у сферу публічного адміністрування, окремі з яких мають програмне спрямування.

Наступна група актів стосується саме цифровізації сфери охорони здоров'я, як окремого напрямку діяльності публічної адміністрації. Прийнято Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» та Постанову Кабінету



Міністрів України від 25 квітня 2018 р. № 411 «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я». Крім того, наприкінці 2020 року розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2020 р. № 1671–р схвалена Концепція розвитку електронної охорони здоров'я [18]. У Концепції дається визначення електронній охороні здоров'я, визначаються проблеми, які потребують розв'язання, серед них: непрозорість системи охорони здоров'я, недостовірні дані та корупція. Документом передбачено забезпечення інформаційної безпеки та захисту інформації і персональних даних.

Тим не менш, у сфері цифровізації охорони здоров'я на національному рівні залишається ряд перспектив та ризиків, що потребують удосконалення на нормативно-правовому рівні. Серед перспектив, слід зазначити, що застосування цифрових технологій в охороні здоров'я відкриває нові інноваційні перспективи для майбутнього охорони здоров'я завдяки орієнтованому на пацієнта медичному обслуговуванню, що керується даними.

До ризиків слід віднести: низький рівень цифрової компетентності медичних працівників та електронної конфіденційності, що потребує нормативно-правового регулювання на законодавчому рівні. Слід зазначити, що конфіденційність в контексті медичної інформації є дуже важливим аспектом, адже не можна оминути увагою темпи швидкого технологічного розвитку України та відповідну можливість порушення прав пацієнт, щодо приватності його медичної інформації. Також серед ризиків спостерігається відсутність зовнішнього аудиту у сфері контролю за достовірністю введеної медичної інформації та адміністративної відповідальності за його порушення. Всі ці питання потребують подальшої регламентації з урахуванням міжнародного досвіду впровадження інформаційно-комунікаційних технологій у сферу охорони здоров'я, при умові ефективного забезпечення та захисту права особи на охорону здоров'я і його складових.

**Висновки.** Цифровізація у сфері медицини відкриває перспективи легкого обміну даними між закладами охорони здоров'я різних рівнів, що вже був впроваджений у багатьох країнах. Більше того, стає можливим транскордонний обмін інформацією про пацієнтів. Електронна система охорони здоров'я сприяє підвищенню доступності та прозорості медичних послуг, а також слугує антикорупційним інструментом.

З метою подальшого вдосконалення електронної системи в охороні здоров'я України необхідна розробка стратегії формування цифрової компетентності медичних працівників, комп'ютеризація медичних закладів, удосконалення нормативно-правового регулювання у сфері надання медичних послуг, електронної конфіденційності та кібербезпеки.

### Література

1. Разумей Г. Ю., Разумей М. М. Діджиталізація публічного управління як складник цифрової трансформації України. *Публічне управління та митне адміністрування*. Дніпро, 2020. № 2(25). С. 139–145.
2. Концепція розвитку електронного урядування в Україні. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80#Text>
3. Український інститут майбутнього. URL: <https://strategy.uifuture.org/kraina-z-rozvinutoyucifrovoyu-ekonomikoyu.htm>
4. Соколова Г. Б. Деякі аспекти розвитку цифрової економіки в Україні. *Економічний вісник Донбасу*. 2018. № 1. С. 92–96.
5. Латинін М. А. Стратегічні пріоритети розбудови інформаційного суспільства в Україні. URL: [http://www.dut.edu.ua/uploads/1\\_1733\\_51051712.pdf](http://www.dut.edu.ua/uploads/1_1733_51051712.pdf)

6. Піжук О. І. Цифровізація як зміна парадигми розвитку економічних систем. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія : Економіка*. 2018. Вип. 2. С. 84–91.

7. Лятковський П. П. Цифровізація та електронне урядування – ключ до реформ в Україні. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України): у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2021. Т. 2. С. 39–42.*

8. A Digital Single Market Strategy for Europe: COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS від 06.05.2005. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>.

9. Цифрова адженда України – 2020. Концептуальні засади. Першочергові сфери, ініціативи, проекти цифровізації України до 2020 року / НІТЕСН office. грудень 2016. 90 с. URL: <https://uccr.org.ua/uploads/files/58e78ee3c3922.pdf>

10. 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 р. № 67-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>

11. Електронне здоров'я. URL: <https://ehealth.gov.ua>

12. Макаренко М. Світова практика трансформаційних змін у сфері охорони здоров'я. Інвестиції: практика та досвід. Київ, 2021. № 17. С. 119–122.

13. Annual European eHealth Survey 2019. URL: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi8m9eBgtT7AhVyl4sKHf8xDYgQFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.himssanalytics.org%2FEurope%2Fehealth-barometer%2Fehealth-trend-barometer-annual-european-ehealth-survey-2019&usq=AOvVaw1\\_2h8omf8zCBSZ975YRMVh](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi8m9eBgtT7AhVyl4sKHf8xDYgQFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.himssanalytics.org%2FEurope%2Fehealth-barometer%2Fehealth-trend-barometer-annual-european-ehealth-survey-2019&usq=AOvVaw1_2h8omf8zCBSZ975YRMVh)

14. Мохова Ю. Л., Токаренко В. Л. Європейський досвід використання електронних послуг у сфері охорони здоров'я. *Право та державне управління*. 2020. № 2. С. 188–195.

15. Driving the digital transformation of Germany's healthcare system for the good of patients. URL: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/digital-healthcare-act.html>

16. Цифровая медицина как способ сократить бумажную работу в сфере здравоохранения. *Mhealth*. URL: <https://mhealthcongress.ru/ru/article/tsifrovaya-meditsina-kakspodob-sokratit-bumagnuyu-rabotu-v-sfere-zdravoohraneniya-96477>

17. Урядовий портал. Єдиний веб-портал органів виконавчої влади. Електронна охорона здоров'я URL: <https://www.kmu.gov.ua/service/elektronna-okhorona-zdorovia-e-zdorovia-ehealth>

18. Про схвалення Концепції розвитку електронної охорони здоров'я: розпорядження Кабінету Міністрів України від 28.12.2020 р. № 1671-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1671-2020-%D1%80#Text>

## Анотація

**Геглюк О. М. Нормативно-правове забезпечення цифровізації як пріоритетного напрямку реформування системи охорони здоров'я. – Стаття.**

У статті розглянуто особливості розвитку цифровізації в Україні та її нормативно-правове забезпечення. Проведено аналіз національних моделей систем електронних медичних послуг, що сформувались у різних зарубіжних країнах. Міжнародний досвід упровадження електронних послуг доводить, що цифровізація у сфері охорони здоров'я невинно розширюється, модифікується та трансформується для кращого забезпечення потреб системи.

Розглядаються різні підходи до трактування терміна цифровізація: від засобів для полегшення доступу отримання послуги до потужної системи управління інформацією та розширення можливостей публічного адміністрування цієї сфери. Визначено основні проблеми цифрової трансформації у системі охорони здоров'я, та шляхи її удосконалення.

Запропонована класифікація нормативно-правового забезпечення цифровізації у сфері охорони здоров'я, яка передбачає розподіл нормативно-правових актів на дві групи, першу групу становлять акти, які стосуються загальних питань цифровізації усієї сфери публічного адміністрування, другу складають акти, які пов'язані безпосередньо із цифровізацією сфери охорони здоров'я.

Впроваджені механізми електронної комунікації надали змогу виявити перспективи електронної системи охорони здоров'я, серед яких: легкий обмін даними між закладами охорони здоров'я різних рівнів, транскордонний обмін інформацією про пацієнтів, підвищення доступності, прозорості медичних послуг. Окрім цього, визначено ризики впровадження інформаційно-комунікаційних технологій

та запропоновано шляхи їх усунення: низький рівень цифрової компетентності медичних працівників та електронної конфіденційності, відсутність зовнішнього аудиту у сфері контролю за достовірністю введеної медичної інформації та адміністративної відповідальності за його порушення, тому необхідна розробка стратегії формування цифрової компетентності медичних працівників, комп'ютеризація медичних закладів, удосконалення нормативно-правового регулювання у сфері надання медичних послуг, електронної конфіденційності та кібербезпеки.

*Ключові слова:* сфера охорони здоров'я, система охорони здоров'я, електронна система охорони здоров'я (ЕСОЗ), цифровізація, електронна картка, електронний рецепт, електронне урядування.

## Summary

**Gegliuk O. M. Regulatory and legal support of digitalization as a priority guideline of the health care system reform.** – Article.

The article examines peculiarities of the development of digitalization in Ukraine and its regulatory and legal support. National models of systems of electronic medical services formed in various foreign countries have been analysed. International experience of the introduction of electronic services proves that digitalization in the field of health care is constantly expanding, modifying and transforming to better meet the needs of the system.

Different approaches to the interpretation of the term digitalization are considered: from means for facilitating access to receiving services to a powerful information management system and expanding the possibilities of public administration in this area. The main problems of digital transformation in the health care system and the ways of its improvement have been identified.

A classification of regulatory and legal support of digitalization in the field of health care has been suggested that provides for the division of regulatory and legal acts into two groups: the first group consisting of acts that relate to general issues of digitalization of the entire sphere of public administration, the second comprising acts that are directly related to the healthcare sector digitalization.

The implemented mechanisms of electronic communication have made it possible to identify the prospects of the electronic health care system, including: easy data exchange between health care institutions of different levels, cross-border exchange of information about patients, increased accessibility and transparency of medical services. In addition, some risks of the introduction of information and communication technologies have been identified and ways to eliminate them are proposed: low level of digital competence of medical workers and electronic privacy, the absence of external audit in the field of control over the reliability of input medical information and administrative responsibility for its violation; therefore, it is necessary to develop a strategy for the formation of digital competence of medical workers, computerization of medical facilities, improvement of legal regulations in the field of medical services, electronic privacy and cyber security.

*Key words:* health care sector, health care system, electronic health care system (EHS), digitalization, electronic card, electronic prescription, electronic government.

УДК 343.9

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.4>*Т. Д. Лисько, В. В. Меланіч, Ю. В. Славіта*

## ПРОТИДІЯ КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ: СУЧАСНИЙ СТАН ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

**Постановка проблеми.** Сучасні світові тенденції розвитку кіберзлочинності та її збільшення свідчать про зростання значення боротьби з нею. Це зумовлює віднесення окремих груп суспільних відносин у кіберсфері до компетенції правового регулювання. Ці питання є особливо актуальними з точки зору забезпечення національної безпеки та, відповідно, надання суспільно небезпечним діям статусу кримінальних правопорушень у кіберсфері та встановлення за їх вчинення кримінальної відповідальності. Слід констатувати, що Україна наразі слабо залучена в процес боротьби з кіберзлочинністю і вразлива до атак у сфері інформаційної безпеки. Важливість протидії використанню комп'ютерних технологій у кримінальній протиправній діяльності на даному етапі розвитку української держави не викликає сумнівів. Крім того, загрозою демократичним перетворенням в Україні та її національній безпеці є ступінь комп'ютеризації та одночасно можливості, які відкриваються злочинцям, а також тенденція до зростання кількості кримінальних правопорушень у сфері комп'ютерних інформаційних технологій.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Тенденції розвитку та протидії кіберзлочинності останнім часом викликають інтерес як у науковців, так і в практиків. Вони знайшли відображення в працях таких учених як М.В. Гуцалюк, М.О. Кравцова, В.В. Марков, А.І. Марущак, Є.Д. Скулиш, О.В. Таволжанський та ін. Тим не менше, все ще існує потреба в дослідженнях, щоб отримати цілісне бачення цієї проблеми.

**Метою статті** є дослідження перспектив розвитку кіберзлочинності. Зокрема, ставимо за мету визначити правову природу кіберзлочинності, специфіку цієї категорії у вітчизняній та світовій науці. Виходячи з цього, необхідно визначити основні причини та прояви, а також відповідні контрзаходи.

**Вклад основного матеріалу дослідження.** На сучасному етапі розвитку людського суспільства інформація є важливим стратегічним ресурсом, який потребує захисту. Все частіше вона стає об'єктом кримінальних протиправних посягань. Комплексне і широкомасштабне використання інформаційних технологій на основі персональних комп'ютерів, інформаційно-обчислювальних мереж і комп'ютерних систем зв'язку відкрило людству шлях до нового етапу розвитку – етапу інформаційного суспільства. Наслідком цього є поява нового виду злочинності – комп'ютерної або кіберзлочинності [1, с. 108].

Використання сучасних інформаційних технологій здійснюється сьогодні практично в усіх сферах суспільного життя, включаючи державні та недержавні структури, що висуває проблему боротьби з кіберзлочинністю на перший план. Окрім прямої шкоди від несанкціонованого доступу до інформації, її поширення,

зміни, знищення тощо, кіберзлочинність є джерелом загроз національній безпеці, бізнесу, правам та інтересам людини. Тому вітчизняним законотворцям та дослідникам варто враховувати досвід України та передових країн світу, оскільки це є свідченням існування такої загрози в майбутньому для будь-якої країни світу.

У Законі України “Про основні засади забезпечення кібербезпеки України” під кіберзлочинністю розуміється сукупність кіберзлочинів, а кіберзлочин (комп’ютерний злочин) – суспільно небезпечна злочинна діяльність у кіберпросторі та/або при його використанні, за яку настає відповідальність, передбачена Законом України про кримінальну відповідальність та/або визнана кримінальним правопорушенням міжнародними договорами України [2].

Термін «кіберзлочинність» охоплює коло кримінальних правопорушень у віртуальному середовищі та регулюється міжнародним правом [3, с. 332-337]. Кіберзлочинність – це злочинність у так званому «віртуальному просторі». Віртуальний простір можна визначити як комп’ютерно змодельований простір, у якому інформація про людей, об’єкти, факти, події, явища та процеси, оброблена локальними та глобальними комп’ютерними мережами, представлена в математичній, символічній чи іншій формах. Це відомості, що зберігаються в пам’яті фізичного або віртуального пристрою, а також інші носії, спеціально призначені для їх зберігання, обробки та передачі.

Відповідно до Конвенції про кіберзлочинність [4], кіберзлочини поділяються на такі категорії:

1) злочини проти конфіденційності, цілісності та доступності комп’ютерних даних і систем. До них належать:

– незаконний доступ під яким слід розуміти навмисний несанкціонований доступ до всієї комп’ютерної системи чи її частини з метою отримання комп’ютерних даних або з будь-якою іншою недобросовісною метою;

– підробка даних, навмисне пошкодження, знищення, фальсифікація, зміна або приховування комп’ютерної інформації без права на це;

– втручання в систему, тобто умисне втручання у функціонування комп’ютерної системи шляхом введення, передачі, пошкодження, знищення, погіршення, підміни або приховування комп’ютерних даних без права на це;

– використовувати пристроїв не за призначенням, а саме їх виготовлення, продаж, придбання для використання, розповсюдження або надання для використання іншим чином;

2) правопорушення, пов’язані з інформаційним змістом, зокрема дитячою порнографією, расизмом і ксенофобією;

3) злочини, пов’язані з використанням комп’ютерів, включаючи підробку та шахрайство, вчинені з використанням комп’ютерів;

4) кримінальні правопорушення, пов’язані з порушенням авторського права і суміжних прав, наприклад незаконне тиражування та використання комп’ютерних програм.

Стратегія державних підходів і механізмів удосконалення інформаційних систем покликана сприяти зменшенню масштабів кіберзлочинності та закласти основні положення національної політики протидії кіберзлочинності в міжнародному

кіберпросторі. Враховуючи міжнародний характер кіберзлочинності, гармонізація національного законодавства є ключовою для боротьби з нею. Проте при гармонізації необхідно враховувати регіональні вимоги та можливості. Важливість регіональних аспектів у реалізації стратегій боротьби з кіберзлочинністю підкреслює той факт, що багато правових і технічних стандартів були узгоджені між країнами світу. Глобальна програма кібербезпеки базується на п'яти основних принципах: 1) юридичний позов; 2) техніко-процедурні заходи; 3) організаційні структури; 4) створити потенціал; 5) міжнародне співробітництво. Зрозуміло, що українська система державних механізмів боротьби з кіберзлочинністю має застосовувати всі ці принципи.

Дуже важливо розуміти глобальний характер проблеми кіберзлочинності. Так, кібератаки вже зараз паралізують роботу не лише приватних структур, а й державних органів. Немає жодної країни у світі, яка була б захищена від таких атак.

При розробці засобів і методів боротьби з кіберзлочинністю слід враховувати латентність цього виду злочинності. За оцінками експертів, латентність «комп'ютерних злочинів» у США сягає 80%, у Великобританії – 85%, у Німеччині – 75%, в Україні – понад 90% [5]. За даними Symantec Security, міжнародної служби захисту від кіберзагроз, 12 людей у всьому світі стають жертвами кібератак щосекунди, і щороку в усьому світі реєструється близько 556 мільйонів кіберзлочинів, збитки від яких складають понад 100 мільярдів доларів. США [6, с. 46].

Кіберзлочинність може завдати шкоди інтересам як держави, так і конкретної людини. Безумовно, специфіка функціонування інформаційних систем, особливо Інтернету, вимагає об'єднання зусиль різних державних і приватних суб'єктів [7, с. 11], для вирішення найактуальнішої проблем кібербезпеки, але саме держава повинна і здатна здійснювати комплексні заходи протидії вчиненню кіберзлочинів, створювати умови захисту для тих, хто є найбільш уразливим перед атаками кіберзлочинців (наприклад, банки, фізичні особи) та зосереджувати зусилля на створенні більш надійної системи захисту інформації.

Наразі провідні країни світу активно розширюють та створюють у збройних силах та спецслужбах підрозділи, покликані забезпечити розвиток наступальних можливостей у кіберпросторі. Так, у США, крім уже діючого Центру національної кібербезпеки (National Cyber Security Center), було сформовано Об'єднане кіберкомандування (Unified US Cyber Command) у складі збройних сил, яке на глобальному рівні має координувати зусилля всіх структур Пентагону під час бойових дій, надавати відповідну підтримку цивільним федеральним установам, а також взаємодіяти з аналогічними за завданнями відомствами інших [8]. Водночас ці організації є частково підконтрольними відомствами, оскільки вищим керівним органом є Рада національної безпеки зі спеціальним 60 комітетом, до сфери відповідальності якого входить реалізація інформаційної стратегії [9, с. 239], у тому числі боротьба з кіберзлочинністю.

У Великій Британії реалізуються програми зі створення кіберзброї, щоб забезпечити стійкість уряду проти зростаючих кіберзагроз [10].

В Австралії створено координаційну групу безпеки електронної пошти (ESCG). Основним завданням цієї групи є створення надійного електронного робочого простору як для державного, так і для приватного секторів [11, с. 84].

Для ефективної боротьби з кіберзлочинністю в Україні, за прикладом іноземних держав, необхідно: створити політичну основу (концептуальний рівень), удосконалити законодавчу систему (законодавчий рівень), створити систему органів, основними якими є функції полягають у забезпеченні захисту України від кіберзлочинності [12, с. 54]. У 2016 році було зроблено перші кроки до розробки політичної основи та тематичної системи забезпечення кібербезпеки. Зокрема, на концептуальному та інституційному рівні у березні 2016 року Уряд України затвердив Стратегію кібербезпеки України, метою якої було створення національної системи кібербезпеки; у червні 2016 року Президент України підписав Указ про створення Національного координаційного центру з кібербезпеки. Першим етапом його роботи був аналіз і розробка галузевих індикаторів стану кібербезпеки; у вересні 2016 року Верховна Рада України прийняла в першому читанні Закон «Про Основи забезпечення кібербезпеки України» [13, с. 124].

Вважаємо, що в новій Стратегії слід врахувати основні стратегічні принципи, визначені у Стратегії національної безпеки України на 2020 рік (ст. 4) – стримування, стабільність та взаємодія [14]. Згідно зі Стратегією, подальший розвиток національної системи кібербезпеки на засадах стримування, кіберпротистояння та взаємодії передбачає посилення спроможності національної системи кібербезпеки запобігати збройній агресії проти України в кіберпросторі або використовувати її для нейтралізації спецслужб та підривної діяльності, а також для мінімізації загроз кіберзлочинності та кібертероризму [15].

**Висновки.** Отже, слід зазначити, що кіберзлочинність сьогодні є суттєвою загрозою інформаційній безпеці України. Окрім змін у кримінальному законодавстві, комплексна боротьба з кіберзлочинністю потребує гармонізації національного кримінального законодавства про кіберзлочинність із міжнародним, що позитивно вплине на стан боротьби та запобігання кіберзлочинності; якнайшвидшої імплементації положення Конвенції про кіберзлочинність, призначивши орган для цілодобового прийому запитів і повідомлень про кіберзлочини та надання негайної допомоги в розслідуванні або переслідуванні таких кримінальних правопорушень; налагодження взаємодії вітчизняних правоохоронних органів з правоохоронними органами інших держав; підвищення рівня знань працівників оперативних підрозділів, працівників органів слідства, прокуратури, суддів у сфері інформаційних технологій та кібербезпеки, особливо в сферах збирання та дослідження електронних доказів, як це передбачено положеннями згадуваної Стратегії.

Зважаючи на негативні наслідки кіберзлочинності та світові тенденції, на сьогодні залишається актуальним подальше вдосконалення за основними напрямками боротьби з нею. Вважаємо, що це суттєво підвищить ефективність та результативність протидії зазначеним кримінальним правопорушенням та сприятиме захисту інформаційної безпеки, особливо в умовах розвитку інформаційного суспільства та цифрової держави.

### *Література*

1. Марков В.В. До питання щодо зарубіжного досвіду протидії кіберзлочинності. *Право і безпека*. 2015. № 2(57). С. 107–113.

2. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України від 05.10.2017 р. № 2163-VIII : станом на 17 серп. 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text> (дата звернення: 21.12.2022).
3. Голина В.В., Головін Б.М. Кримінологія: Загальна та Особлива частини : навчальний посібник. Х. : Право, 2014. 513 с.
4. Конвенція про кіберзлочинність : Конвенція Ради Європи від 23.11.2001 р. : станом на 7 верес. 2005 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_575#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text) (дата звернення: 21.12.2022).
5. Рівень проникнення Інтернету в світі за станом на вересень 2018 року з розбивкою по регіонах. Statista. URL: <https://www.statista.com/statistics/269329/penetration-rate-of-the-internetbyregion/> (дата звернення: 13.12.2022).
6. Бельський Ю. Щодо визначення поняття кіберзлочину. *Юридичний вісник*. 2014. № 6. С. 414–418.
7. Роговець В. Інформаційні війни в сучасному світі: причини, механізми, наслідки. *Персонал*. 2015. № 5. С. 10–17.
8. Department of Defense: Report on Strategic Communication. URL: [http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/dod/dod\\_report\\_strategic\\_communication\\_1\\_1feb10.pdf](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/dod/dod_report_strategic_communication_1_1feb10.pdf) (дата звернення: 13.12.2022).
9. Djerf-Pierre Monika. Squaring the Circle: Public Service and Commercial News on Swedish Television. *Journalism Studies*. 2018. 1(2). P. 239–260.
10. Kessel J. M. and Mozur P. How China Is Changing Your Internet. *New York Times*. 2016. URL: <https://www.nytimes.com/video/technology/10000004574648/chinainternetwechat.html> (дата звернення: 13.12.2022).
11. Sanders Karen, Canel Crespo María José and Holtz-Bacha Christina. Communicating Governments: A Three-Country Comparison of How Governments Communicate with Citizens. *The International Journal of Press/Politics*. 2017. 16(4). 547 р.
12. Бутузов В. Протидія комп'ютерній злочинності в Україні (системно-структурний аналіз): монографія. Київ : КИТ, 2010. 148 с.
13. Голубев В.О. Розслідування комп'ютерних злочинів: монографія. Запоріжжя : Гуманітарний університет "ІДМУ", 2003. 296 с.
14. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 травня 2021 року "Про Стратегію кібербезпеки України" : Указ Президента України від 26.08.21 р. № 447. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/4472021-40013> (дата звернення: 13.12.2022).
15. Про затвердження плану заходів на 2017 рік з реалізації Стратегії кібербезпеки України: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 10.03.17 р. № 155-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-2017-%D1%80#Text> (дата звернення: 13.12.2022).

## Анотація

**Лисько Т. Д., Меланіч В. В., Славіта Ю. В.** Перспективи (тенденції) розвитку та заходи протидії кіберзлочинності. – Стаття.

Сучасні світові тенденції розвитку кіберзлочинності та їх активізація свідчать про зростання значення боротьби з нею для подальшого розвитку суспільства, що в свою чергу зумовлює віднесення окремих груп суспільних відносин у кіберсфері до сфери правового регулювання. Дана проблема є особливо актуальною з точки зору забезпечення національної безпеки та, відповідно, суспільно небезпечних дій, які мають набувати статусу кримінальних правопорушень у кіберсфері та тягти за собою відповідну кримінальну відповідальність. Зважаючи на зростання кількості кібератак, необхідно не лише вивчити світові тенденції розвитку кіберзлочинності, створити ефективне нормативно-правове забезпечення, а й запровадити систему заходів із запобігання та захисту від кіберзлочинності.

Стаття присвячена дослідженню тенденцій розвитку кіберзлочинності, яка становить загрозу інформаційній безпеці країни. Визначено місце та роль кібербезпеки в системі національної безпеки. Надано рекомендації щодо вдосконалення системи захисту та боротьби з кіберзлочинністю. У статті визначено необхідність забезпечення інформаційної безпеки, яка визначається відповідними факторами. Зазначається, що комплексна боротьба з кіберзлочинністю потребує певних заходів, зокрема гармонізації національного кримінального законодавства про кіберзлочинність із міжнародним, імплементації окремих положень Конвенції про кіберзлочинність та налагодження взаємодії між правоохоронними органами України та правоохоронними органами інших країн для покращення обміну інформацією з метою ефективної протидії кіберзлочинності.

**Ключові слова:** кібербезпека, інформаційна безпека, кіберзлочинність, кіберпростір, комп'ютерна злочинність, протидія, законодавство.



### Summary

*Lysko T. D., Melanich V. V., Slavita Yu. V. Combating cybercrime: the current state of domestic legislation and the experience of foreign countries. – Article.*

Modern world trends in the development of cybercrime and their intensification testify to the growing importance of combating it for the further development of society, which in turn determines the assignment of certain groups of social relations in the cyber sphere to the competence of legal regulation. This problem is particularly relevant from the point of view of ensuring national security and, accordingly, socially dangerous actions, which should acquire the status of criminal offenses in the cyber sphere and entail the corresponding legal responsibility. Considering the growing number of cyberattacks, it is necessary not only to study the global trends in the development of cybercrime, to create effective regulatory and legal support, but also to introduce a system of measures to prevent and protect against cybercrime.

The article is devoted to the study of trends in the development of cybercrime, which poses a threat to the information security of the country. The place and role of cyber security in the national security system is defined. Recommendations on improving the system of protection and combating cybercrime are provided. The article defines the need to ensure information security, which is determined by relevant factors. It is noted that the comprehensive fight against cybercrime requires certain measures, in particular, the harmonization of national criminal legislation on cybercrime with the international one, the implementation of certain provisions of the Convention on Cybercrime and the establishment of interaction between national legislation, law enforcement agencies and law enforcement agencies of other countries and to improve the exchange of information between law enforcement agencies.

*Key words:* cyber security, information security, cyber crime, cyber space, computer crime, countermeasures, legislation.

УДК 343.98

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.5>*Ю. М. Мирошниченко*

## ФОРМИ І ТАКТИКА ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ У СУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

**Постановка проблеми.** Сучасне правосуддя неспроможне ефективно функціонувати без використання знань у найрізноманітніших галузях людської діяльності. Причина цього полягає в тому, що від судді не можна очікувати, що він буде фахівцем у всіх сферах, особливо у тих випадках, коли питання, які потребують вирішення, пов'язані з технічними та іншими знаннями. Ось чому процесуальні системи передбачають участь фахівців, які добре обізнані та глибоко вивчають предмет і можуть поділитися своїми знаннями з судовим органом для встановлення істини [1, с. 131].

**Аналіз основних досліджень і публікацій.** Дослідженню проблем застосування спеціальних знань у кримінальному процесі присвячена величезна кількість праць, серед авторів яких R. J. Allen, G. Edmond, P.W. Grimm, J. J. Koehler, P. Roberts, W. Wall, Л. Ю. Ароцкер, В. І. Гончаренко, Г. І. Грамович, О. М. Зінін, П. П. Іщенко, Л. В. Лазарева, В. К. Лисиченко, Ю. К. Орлов, Б. В. Романюк, О. В. Селіна, М. Г. Щербаковський та інші представники наук кримінального процесу та криміналістики. Однак, не зважаючи на вельми вражаючий масив теоретичних досліджень у цій області, розроблення проблеми науково-технічного забезпечення кримінального провадження з метою розширення спектра використання фахових знань у різноманітних царинах залишається актуальним завданням криміналістики, що пояснюється як невинним розвитком науки і техніки, здобутки яких можуть бути поставлені на службу кримінальному судочинству, так і змінами у правовому регулюванні відповідного виду діяльності.

**Мета дослідження,** частина результатів якого подається у пропонованій статті, полягала у систематизації форм використання спеціальних знань у судовому провадженні та визначення змісту тактики їх застосування.

**Основні результати дослідження.** В контексті кримінального провадження спеціальні знання – це система відомостей, отриманих обізнаною особою в результаті навчання, теоретичної чи практичної діяльності у різних галузях науки, техніки, творчості, ремесел, промислів тощо, які використовуються у передбачених законом формах з метою сприяння правосуддю. Форма використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві розглядається як вид практичної діяльності, що передбачає використання професійної майстерності, досвіду та підготовки обізнаних осіб з метою виявлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження [2, с. 170] і визначається: а) процесуальним положенням обізнаної особи (експерт, спеціаліст та ін.); б) метою залучення (пошук, виявлення, фіксація, вилучення, дослідження слідів злочину та ін.); в) значенням одержаних результатів (доказовим або орієнтуючим) [4, с. 43].

Найбільшого поширення у криміналістичній літературі набула класифікація спеціальних знань за ознакою правової регламентації, а саме, всі форми використання спеціальних знань поділені на процесуальні та непроцесуальні [5, с. 196]. До непроцесуальних форм застосування спеціальних знань під час судового розгляду кримінальних справ можна віднести отримання сторонами фахових порад з проблемних питань правозастосування, позасудове консультування сторін та суду зі спеціалістами щодо виду експертизи та її можливостей, формулювання експертних завдань, підготовки об'єктів дослідження тощо.

Провідними процесуальними формами використання спеціальних знань в судовому провадженні є (1) проведення судових експертиз і (2) надання технічної, офіційної консультативно-довідкової та іншої допомоги особам, які ведуть кримінальне провадження. Носіями спеціальних знань у цих випадках виступають обізнані у відповідній області особи – експерт і спеціаліст.

За змістом ст. 10 Закону України «Про судову експертизу», судовий експерт – це особа, яка має необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань, відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшла відповідну підготовку та отримала кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності. У кримінальному провадженні експертом визнається особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями, має право відповідно до згаданого закону на проведення експертизи і якій доручено провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення, та дати висновок з питань, які виникають під час кримінального провадження і стосуються сфери її знань (ст. 69 КПК України).

Спеціалістом у кримінальному провадженні є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками і може надавати консультації, пояснення, довідки та висновки під час досудового розслідування й судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок (ст. 71 КПК України). Завданням спеціаліста у судовому провадженні є сприяння у дослідженні доказів шляхом застосування спеціальної техніки (ст. ст. 357, 358, 359, 361 КПК України), отримання зразків для експертизи (ст. 245 КПК України), надання консультацій та роз'яснень з питань, що належать до його компетенції (ст. 360 КПК України).

Донедавна ключовою ознакою, що відрізняла спеціаліста від експерта, вважалась відсутність дослідницького характеру його процесуальної діяльності, внаслідок якої не набуваються нові докази. Однак відтоді, як законодавець відніс до переліку процесуальних джерел доказів у кримінальних провадженнях про кримінальні проступки висновок спеціаліста, що має відповідати вимогам до висновку експерта (ст. ст. 298-1, 300 КПК України), зазначений критерій втратив статус абсолютного.

Водночас різниця між положенням експерта та спеціаліста навіть при наданні останнім висновку очевидна. Насамперед вона полягає в освітньо-кваліфікаційних вимогах, що висуваються до експерта, ширшому колі його прав та обов'язків, а також у відсутності кримінальної відповідальності спеціаліста за відмову від виконання покладених на нього обов'язків. Він несе лише процесуальну відповідальність у разі неприбуття до суду без поважних причин або неповідомлення

про причини свого неприбуття (ст. 72 КПК України). На відміну від експерта спеціаліст може бути залучений до виконання своїх процесуальних функцій ще до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ч. 3 ст. 214 КПК України).

У науковій літературі поряд зі спеціалістом до носіїв спеціальних знань (обізнаних осіб) небезпідставно відносять деяких інших суб'єктів, залучених до кримінального провадження для здійснення допоміжних функцій. З-поміж них називають ревізора, лікаря, перекладача, педагога, психолога [3, с. 44–45]. До цього переліку можна також додати представників органу з питань пробації, ювенальної поліції, служби у справах дітей, кожен з яких є фахівцем у сфері своєї діяльності й покликаний наявними у нього знаннями сприяти досягненню завдань кримінального провадження шляхом розв'язання певного кола специфічних питань.

Особливою формою використання спеціальних знань є допит обізнаного свідка, тобто особи, яка (1) через випадковий збіг обставин стала очевидцем досліджуваних судом обставин і з огляду на наявність спеціальних знань здатна не просто викласти відомі їй факти, а й зробити з них певні умовиводи, висновки чи дати кваліфіковану оцінку сприйнятим подіям, або (2) через виконання службових обов'язків отримала відомості, що мають значення для кримінального провадження. До останніх можуть бути віднесені: лікар, який надав першу медичну допомогу потерпілому; поліцейський, який першим прибув на місце події; ревізор, бухгалтер, співробітники податкової, митної служб, інших контролюючих і наглядових органів, члени спеціальних комісій, які виявили порушення вимог нормативно-правових актів, відомості про які були внесені до ЄРДР.

В американських судах, наприклад, посадових осіб правоохоронних органів, які проводили досудове розслідування, часто допитують як експертів – фахівців у галузі своєї діяльності, компетентність яких визначається як сукупність знань, підготовки та досвіду, завдяки яким офіцери особливо добре знаються на тому, що суди вважають їх основними професійними завданнями [5, с. 484]. Слідчий, який має багатий досвід та ґрунтовні знання в галузі криміналістичної методики, може бути допитаний щодо типових моделей поведінки злочинця та жертви, схарактеризувати звичайні наслідки злочинного зазіхання, описати типову слідову картину місця злочину, розповісти про науково обґрунтовані методики розслідування кримінальних правопорушень певних категорій, тактику проведення окремих слідчих дій тощо.

Особливості допиту такого свідка передбачені ч. 7 ст. 95 КПК України, за змістом якої особа, котра під час допиту висловила думку або висновок, що ґрунтується на спеціальних знаннях, може бути допитана іншою стороною згідно з правилами допиту експерта. Якщо свідок володіє спеціальними знаннями, що виходять за рамки звичайних знань, і ці знання допоможуть суду зрозуміти докази або встановити факти, він може давати показання як свідок-експерт за умови, що суд вважає його показання допустимими й достовірними.

Використання судом спеціальних знань включає такі організаційно-тактичні заходи:

– здійснюється аналіз та оцінка ситуації, на підставі якої формується переконання у тому, що для встановлення певних обставин або дослідження доказів необхідні спеціальні знання та приймається відповідне тактичне рішення;

– визначається сфера знань, необхідних для розв'язання питання, що виникло;

– здійснюється вибір форми застосування спеціальних знань;

– обирається особа, яка володіє спеціальними знаннями необхідного виду та рівня;

– здійснюється комунікація з обізнаною особою щодо організаційних питань, які стосуються характеру майбутнього співробітництва, визначення орієнтовної тривалості та місця його реалізації тощо;

– окреслюється предмет, формуються завдання діяльності обізнаної особи;

– обирається оптимальний з тактичного погляду момент для проведення процесуальної дії за участю обізнаної особи;

– ухвалюється процесуальне рішення про застосування спеціальних знань, залучення до участі у справі обізнаної особи, яке надсилається відповідному суб'єкту;

– провадиться підготовка об'єктів, що підлягають дослідженню з використанням спеціальних знань;

– залучається обізнана особа та проводиться за її участю процесуальна дія;

– здійснюється оцінка результатів застосування спеціальних знань.

Таким є загальний алгоритм дій і рішень суду в ситуації, що вимагає застосування спеціальних знань. Залежно від конкретних обставин справи, характеру виниклих питань, форми використання спеціальних знань програма дій суб'єкта їх використання може бути уточнена чи доповнена.

**Висновки.** Використання спеціальних знань для встановлення об'єктивної істини є важливим аспектом судового розгляду кримінальних справ. Тактика використання у судовому провадженні спеціальних знань є системою тактичних прийомів та послідовних дій, що здійснюються судом відповідно до закону й наявної ситуації, та спрямовані на дослідження доказів і встановлення кримінально-релевантних обставин.

Аналіз нормативно-правових актів і судової практики дозволяє виділити наступні форми використання спеціальних знань під час судового провадження:

а) допит обізнаного свідка:

– особи, яка через випадковий збіг обставин стала очевидцем досліджуваних судом обставин і з огляду на наявність спеціальних знань здатна не просто викласти відомі їй факти, а й зробити з них певні умовиводи, висновки чи дати кваліфіковану оцінку сприйнятим подіям;

– службової особи, яка отримала відомості, що мають значення для кримінального провадження (лікар, поліцейський, ревізор, бухгалтер, співробітники податкової, митної служб, інших контролюючих і наглядових органів, члени спеціальних комісій та ін.);

б) допит експерта в суді за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого або за власною ініціативою суду для роз'яснення наданого висновку;

в) доручення проведення експертизи судом у випадку, коли суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності;

г) надання суду технічної, консультативно-довідкової та іншої фахової допомоги.

### Література

1. Martorelli, J. P. (2017). La Prueba Pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial. *Derechos en acción*, 4, 130–139. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e051>
2. Туленев А. И. Понятие форм использование специальных знаний и их классификация. *Вестник Костромского государственного университета им. Н. А. Некрасова*. 2013. № 4. С. 166–171.
3. Щербаковський М. Г. Проведення та використання судових експертиз у кримінальному провадженні : монографія. Харків : В деле, 2015. 560 с.
4. Логвинец Е. А., Каторгина Н. П. Актуальные вопросы классификации форм использования специальных знаний. *Проблемы в российском законодательстве*. 2013. № 5. С. 196–200.
5. Lvovsky, A. (2021) Rethinking Police Expertise. *Yale Law Journal*, 131(2), 475–572. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=3827315>

### Анотація

**Мирошниченко Ю. М. Форми і тактика використання спеціальних знань у судовому провадженні.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню форм використання спеціальних знань у судовому провадженні та визначення змісту тактики їх застосування. В контексті кримінального провадження спеціальні знання – це система відомостей, отриманих обізнаною особою в результаті навчання, теоретичної чи практичної діяльності у різних галузях науки, техніки, творчості, ремесел, промислів тощо, які використовуються у передбачених законом формах з метою сприяння правосуддю.

До непроцесуальних форм застосування спеціальних знань під час судового розгляду кримінальних справ можна віднести отримання сторонами фахових порад з проблемних питань правозастосування, позасудове консультування сторін та суду зі спеціалістами щодо виду експертизи та її можливостей, формулювання експертних завдань, підготовки об'єктів дослідження тощо. Провідними процесуальними формами використання спеціальних знань в судовому провадженні є (1) проведення судових експертиз і (2) надання технічної, офіційної консультативно-довідкової та іншої допомоги особам, які ведуть кримінальне провадження. Носями спеціальних знань у цих випадках виступають обізнані у відповідній області особи – експерт і спеціаліст.

Особливою формою використання спеціальних знань є допит обізнаного свідка, тобто особи, яка (1) через випадковий збіг обставин стала очевидцем досліджуваних судом обставин і з огляду на наявність спеціальних знань здатна не просто викласти відомі їй факти, а й зробити з них певні умовиводи, висновки чи дати кваліфіковану оцінку сприйнятим подіям, або (2) через виконання службових обов'язків отримала відомості, що мають значення для кримінального провадження.

Тактика використання у судовому провадженні спеціальних знань є системою тактичних прийомів та послідовних дій, що здійснюються судом відповідно до закону й наявної ситуації, та спрямовані на дослідження доказів і встановлення кримінально-релевантних обставин.

**Ключові слова:** кримінальний процес, судове провадження, криміналістична тактика, спеціальні знання.

### Summary

**Myroshnychenko Yu. M. Forms and tactics of using special knowledge in court proceedings.** – Article.

The article is devoted to researching the forms of using special knowledge in court proceedings and determining the content of the tactics of their application. In the context of criminal proceedings, special knowledge is a system of information obtained by a knowledgeable person as a result of training, theoretical or practical activities in various fields of science, technology, creativity, crafts, trades, etc., which are used in the forms prescribed by law for the purpose of promoting justice.

The non-procedural forms of application of special knowledge during the trial of criminal cases include obtaining professional advice by the parties on problematic law enforcement issues, out-of-court consultation of the parties and the court with specialists regarding the type of expertise and its possibilities, formulation of expert tasks, preparation of research objects, etc. The leading procedural forms of using special knowledge in court proceedings are (1) conducting forensic examinations and (2) providing technical, official advisory and reference and other assistance to persons conducting criminal proceedings. The bearers of special knowledge in these cases are persons knowledgeable in the relevant field – experts and specialists.

A special form of the use of special knowledge is the interrogation of a knowledgeable witness, that is, a person who (1) due to a random coincidence of circumstances became an eyewitness to the circumstances investigated by the court and, given the presence of special knowledge, is able not only to state the facts

known to him, but also to draw certain inferences and conclusions from them or give a qualified assessment of the perceived events, or (2) through the performance of official duties received information relevant to criminal proceedings.

The tactics of using special knowledge in court proceedings is a system of tactical techniques and sequential actions carried out by the court in accordance with the law and the existing situation, and aimed at researching evidence and establishing criminally relevant circumstances.

*Key words:* criminal process, court proceedings, forensic tactics, special knowledge.

УДК 341.9, 347.78:004.8

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.6>

К. М. Міліцина

## ЕВОЛЮЦІЯ КРИТЕРІЮ ОРИГІНАЛЬНОСТІ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** Оригінальність є однією з умов охороноздатності в авторському праві. Незважаючи на те, що на рівні міжнародного права цей критерій прямо не зазначений, він все ж висувається до творів. Про це свідчить аналіз тексту міжнародних договорів у сфері авторського права, підготовчих документів та історії їх прийняття. Однак міжнародне авторське право зберігає мовчання щодо змісту критерію оригінальності, який визначає висоту його порогу. Це питання належить до компетенції держав [4, с. 6; 5, с. 58]. З огляду на це, в цій статті здійснюється спроба висвітлення змісту та еволюції критерію оригінальності в авторському праві України.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Теоретичну основу цієї статті склали праці та результати досліджень Сергія Глотова, Максима Гури, Володимира Дроб'язка, Любові Майданик, Володимира Мельника, Максима Мельникова, Вікторії Негрескул, Олени Орлюк, Оксани Підпригори, Опанаса Підпригори, Олександра Святоцького, Станіслава Слободяна, Іларіона Томарова, Юрія Ходика, Анни Штефан, Олени Штефан та Олександри Яворської.

**Формулювання мети статті.** Стаття переслідує мету дослідження еволюції критерію оригінальності в авторському праві України. Для реалізації поставленої мети вона тезово висвітлює історичний контекст. Далі стаття зосереджується на умові оригінальності в сучасному авторському праві України. Для цього вона аналізує законодавство, судову практику та доктринальні джерела.

### Виклад основного матеріалу.

**Історичний контекст.** Історично на території України діяли закони тих держав, до складу яких вона входила [14, с. 8]. Як пише В. Дроб'язко, перший національний закон «Про авторське право» був затверджений постановою Центрального виконавчого комітету і Ради народних комісарів від 06.02.1929 [11, с. 4]. Подальший розвиток авторського права, хоча і був направлений на поступове розширення сфери авторського права, відбувався під значним державним контролем [11; 12]. Сучасне авторське право України почало формуватися зі здобуттям незалежності на тлі активізації економічних процесів, закріплення ринкових відносин, розвитку науки і техніки, а також впровадження нових технологій [10, с. 14]. 23.12.1993 був прийнятий Закон України «Про авторське право і суміжні права», який був опублікований в офіційному виданні та набрав чинності 23.02.1994 [21]. Наступними визначними кроками для авторського права України стали приєднання у 1995 році до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів [25], прийняття у 2003 році та набрання чинності у 2004 році Цивільним кодексом України, четверта книга якого присвячена праву інтелектуальної влас-



ності [30], та приєднання до Марракеської Угоди про заснування Світової організації торгівлі, невід'ємною частиною якої є Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС), що завершило процес вступу України до Світової організації торгівлі у 2008 році [24].

*Критерій оригінальності у сучасному авторському праві України.* Окрім певних об'єктів (ст. 9 та п. е ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права») [21], оригінальність як умова охороноздатності творів наразі<sup>1</sup> не зазначена напряму у Законі України «Про авторське право і суміжні права» (надалі – ЗУ «Про АПіСП»). Тим не менш, вважається, що такий критерій є, він належить до основних умов правової охорони творів [16, с. 11; 17, с. 16; 19, с. 31; 20, с. 120; 33, с. 11–12; 34, с. 4] і застосовується до всіх об'єктів, які претендують на охорону авторського права [13, с. 32]. Аргументом на користь цієї тези може слугувати визначення поняття «автор», яке залишилося майже незмінним з моменту прийняття ЗУ «Про АПіСП» у 1993 році. З визначення автора випливає, що твір має бути створений його творчою працею [21]. Таке формулювання породило невизначеність щодо того, що саме має оцінювати на оригінальність, процес чи результат, та, відповідно, який стандарт оригінальності діє в Україні, суб'єктивний (нормативний) чи об'єктивний (каузальний).

*Дискусія щодо стандарту оригінальності, презумпція оригінальності.* Розмірковуючи про право інтелектуальної власності загалом, О. Підпригора вказував на те, що інтелектуальна власність – це результат інтелектуальної творчої діяльності, а об'єкт інтелектуальної власності – це результат творчого пошуку [18, с. 7]. До об'єктів інтелектуальної власності належать в тому числі твори, які, як визначають Оксана Підпригора та Опанас Підпригора, є результатом творчої праці автора. Суто технічна робота не належить до творчої праці [19, с. 31]. Вони також зазначають, що творчий характер діяльності – це «власний почерк» автора, який вирізняє таку діяльність з-поміж іншої [19, с. 22]. На думку С. Слободяна, творча діяльність, в результаті якої створюється твір, полягає у збиранні ряду ідей, образів, точок зору та інших факторів для досягнення потрібного ефекту [27, с. 9]. З цих тез видається, що українська доктрина виділяє творчість саме процесу, який веде до створення твору, але за більш детального вивчення цей висновок стає менш очевидним.

З вищенаведених тез видно, що творчість виділяють як один з головних факторів оригінальності. Вивчаючи питання творчості, А. Штефан зазначає, що творчість визначається поєднанням процесу і результату, де наголос на останньому [6, с. 721; 32, с. 9]. Поряд з розсудами, що твір повинен мати відтінок особистості автора, М. Мельников також дотримується позиції, що головне значення має саме результат, а не творчий характер діяльності автора. Водночас він вказує на те, що творчий результат досягається за рахунок творчої діяльності [15, с. 59–60]. Остання теза, на думку автора цієї статті, є суперечливою і навряд чи, особливо з урахуванням останніх технологій, відповідає дійсності. Об'єкт, який без дослідження процесу його створення може видаватися оригінальним, не завжди є результатом творчого процесу. До прибічників позиції щодо вирішальності результату належить і М. Гура. Незважаючи на те, що до переліку істотних ознак твору він зараховує

<sup>1</sup> Дата завершення написання статті: 25.12.2022.

творчість праці, у результаті якої створюється твір, на його думку, при оцінці об'єкта значення має саме результат [9, с. 9–10].

І. Томаров також погоджується, що оригінальність – це характеристика твору, а не творчої діяльності. Більш того, на його думку, поняття «оригінальність» та «творча праця» є різними: оригінальність передбачає оцінку твору, а творча праця – процесу створення. Водночас ним було виявлено, що судова практика України йде іншим шляхом. В українській судовій практиці ці поняття ототожнюються, і оригінальність твору визначається через процес його створення, і під час такого процесу виявляються творчість думки і праці автора [28].

Взагалі ж судова практика з тлумачення критерію оригінальності не є широкою. Причини можуть полягати в такому. Оригінальність твору є питанням факту [15, с. 60]. У справах, де виникає питання щодо відповідності об'єкта критерію оригінальності, суди, як правило, посилаються на відсутність спеціальних знань (п. 1 ч. 1 ст. 99 Господарського процесуального кодексу України [8] та п. 1 ч. 1 ст. 103 Цивільного процесуального кодексу України [31]) і спираються на висновки експертних досліджень та судових експертиз у сфері інтелектуальної власності [13, с. 33].

Більш того, питання критерію оригінальності було ускладнено презумпцією оригінальності (також можна зустріти під назвою презумпція творчості), яка була введена судовою практикою [13, с. 33; 29, с. 29–30]. Суть цієї презумпції полягає у тому, що, доки не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею (п. 25 Постанови Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17.10.2012 № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [22] та абз. 1 п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» [23]). Відповідно, за презумпцією тягар доведення зміщується на особу, яка оскаржує відповідність об'єкта критерію оригінальності. Такий стан речей не тільки демотивує осіб звертатися до суду у разі порушення їх прав (через необхідність спростування оригінальності, що, як правило, відбувається через проведення експертизи та впливає на вартість і тривалість судового процесу), а й, у поєднанні з презумпцією авторства та процедурою реєстрації авторських прав, є сприятливим ґрунтом для зловживань [35, с. 79; 36, с. 176].

*Реформа авторського права.* Останні декілька років триває реформа авторського права. Станом на дату написання цієї статті було прийнято та направлено на підпис Президенту Проект Закону про авторське право і суміжні права від 09.06.2021 р. № 5552-1. Запропоновані зміни також стосуються питання оригінальності. Окрім безпосередньо закріплення критерію оригінальності, законопроект надає його визначення. Відповідно, передбачається, що оригінальність твору – це ознака (критерій), що характеризує твір як результат власної інтелектуальної творчої діяльності автора та відображає творчі рішення, прийняті автором під час створення твору [26]. З визначення прослідковується, що розробники мали на меті закріпити стандарт оригінальності, який існує в Європейському Союзі (надалі – ЄС) завдяки проведеній гармонізації Судом ЄС. Йдеться, зокрема, про справу *Infopaq*,

C-5/08 з висновком, що оригінальність полягає у інтелектуальній творчості автора [2], а також справи *Painer, C-145/10* та *Football Association Premier League and Others, C-403/08* і *C-429/08* з вимогами особистісного підходу автора та прийняття власних вільних та творчих рішень під час створення твору [1; 3]. Закріплення визначення оригінальності наразилося в доктрині на критику в тому числі через використання такої характеристики творчості, як «інтелектуальна», та занепокоєння, що таке визначення призведе до необхідності доведення кількості творчих рішень на одиницю результату [7; с. 57–59]. В той час як автор цієї статті більш оптимістично налаштована щодо останніх аргументів, вона все ж занепокоєна загальним підходом закріплення у законодавстві судової практики щодо категорії, яка може змінюватися. Також, оскільки презумпція оригінальності продовжує існувати, існує велика ймовірність, що ефективність спроби законотворців підвищити поріг оригінальності на практиці може бути значним чином знівельована до моменту зміни українськими судами підходу до цього питання. За будь-яких обставин, із запропонованого визначення вбачається бажання законотворців внести ясність щодо критерію оригінальності на користь суб'єктивного стандарту.

**Висновки.** З вищенаведеного можемо підсумувати, що чинний Закон України «Про АПіСП» не передбачає напряду оригінальність як загальний критерій охороноздатності творів, але така вимога все ж висувається. Українська доктрина в різні роки переважно відстоювала позицію, що для авторського права значення має результат. Однак з судової практики випливає протилежний підхід судів до цього питання. Видається, що українські суди при тлумаченні оригінальності відводять головну роль процесу створення творів та, відповідно, застосовують суб'єктивний стандарт оригінальності. Той факт, що судова практика з тлумачення критерію оригінальності є нечисельною, перешкоджає зробити такий висновок з упевненістю. Більш того, навіть якщо існуючий стандарт є суб'єктивним, презумпція оригінальності зводить нанівець його переваги. Презумпція оригінальності у поєднанні з тенденцією судів перекладати питання оригінальності на експертизу, презумпцією авторства та процедурою реєстрації авторських прав, стали сприятливим ґрунтом для зловживань. В рамках реформування законодавства у сфері авторського права передбачається безпосереднє закріплення критерію оригінальності як умови отримання охорони та визначення такого критерію. Підхід закріплення у законодавстві судової практики щодо категорії, яка може змінюватися, викликає певне занепокоєння. Однак ще більшу загрозу становить існування презумпції оригінальності. Існує велика ймовірність, що ефективність спроби законотворців підвищити поріг оригінальності на практиці може бути значним чином знівельована, якщо українські суди не змінять підхід до цього питання. За будь-яких обставин, із запропонованого визначення вбачається курс законотворців встати остаточно на бік суб'єктивного стандарту критерію оригінальності.

### Література

1. Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and Others* : Judgment of 4 October 2011 ECLI:EU:C:2011:631. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=110361&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=889947> (дата звернення: 25.12.2022).

2. Case 5/08 Infopaq : Judgment of 16 July 2009 ECLI:EU:C:2009:465. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423779> (дата звернення: 25.12.2022).
3. Case C-145/10 Painer : Judgment of 1 December 2011 ECLI:EU:C:2011:798. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115785&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=first&part=1&cid=413694> (дата звернення: 25.12.2022).
4. Margoni T. Artificial Intelligence, Machine Learning and EU Copyright Law: Who Owns AI? *CREATE Working Paper series*. 2018. Issue 18/12. P. 1–21.
5. Ricketson S. Threshold Requirements for Copyright Protection under the International Conventions. *The WIPO Journal: Analysis and Debate of Intellectual Property Issues*. 2009. No. 1. P. 51–62.
6. Shtefan A. Creativity and Artificial Intelligence: a View from the Perspective of Copyright. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 2021. Vol. 16, no. 7. P. 720–728.
7. Глотов С. Щодо недоліків прийнятого за основу Проекту Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 5552-1. *Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного, IT та Інтернет права* : матеріали IV Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 29 вересня 2022 р.). Львів, 2022. С. 55–59.
8. Господарський процесуальний кодекс України : Кодекс від 06.11.1991 р. № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 25.12.2022).
9. Гура М. Особливості поняття «об'єкт авторського права» та його ознак у законодавстві зарубіжних країн (порівняльно-правовий аспект). *Інтелектуальна власність*. 2003. № 3. С. 7–12.
10. Дроб'язко В. Національні та міжнародні стандарти охорони авторського права і суміжних прав. *Інтелектуальна власність*. 2002. № 5. С. 14–20.
11. Дроб'язко В. До історії авторського права в Україні 20-х років XX століття. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2005. № 1. С. 4–11.
12. Дроб'язко В. До історії авторського права в Україні 20-х років XX століття. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2006. № 1. С. 3–12.
13. Майданик Л. Поняття оригінальності твору в авторському праві: досвід ЄС, України та інших зарубіжних країн. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 32–36.
14. Мельник В. Історико-правові аспекти виникнення та розвитку законодавства стосовно авторського права в Україні. *Інтелектуальна власність*. 2004. № 1. С. 8–11.
15. Мельников М. Визначення оригінальності в авторському праві. *Інтелектуальний капітал*. 2005. № 2. С. 59–65.
16. Мельников М. Визначення поняття «твір» з позиції авторського права. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2006. № 6. С. 9–11.
17. Негрескул В. Загальні питання авторського права і суміжних прав. *Інтелектуальна власність*. 2003. № 2. С. 15–20.
18. Підпригора О. Проблеми системи законодавства України про інтелектуальну власність. *Інтелектуальна власність*. 2000. № 3. С. 3–14.
19. Підпригора О. А., Підпригора О. О. Право інтелектуальної власності України : навч. посіб. / за ред. В. С. Ковальського. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 336 с.
20. Право інтелектуальної власності: Академічний курс : підручник / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ : Ін Юре, 2007. 696 с.
21. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text> (дата звернення: 25.12.2022).
22. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : Постанова від 17.10.2012 р. № 12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text> (дата звернення: 25.12.2022).
23. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : Постанова від 04.06.2010 р. № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text> (дата звернення: 25.12.2022).
24. Про набрання чинності Протоколом про вступ України до Світової організації торгівлі та Угоду ТРІПС : Лист від 13.10.2008 р. № 01-8/620. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v\\_620600-08#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_620600-08#Text) (дата звернення: 25.12.2022).
25. Про приєднання України до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризького акта від 24 липня 1971 року, зміненого 2 жовтня 1979 року): Закон України від 31.05.1995 р. № 189/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/189/95-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 25.12.2022).

26. Проект Закону про авторське право і суміжні права : Проект від 09.06.2021 р. № 5552-1. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=72183](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72183) (дата звернення: 25.12.2022).
27. Слободян С. Поняття та ознаки твору як об'єкта авторського права. *Інтелектуальна власність*. 2008. № 2. С. 9–14.
28. Томаров І. Презумпція оригінальності твору: потрібна чи ні? *Legal Shift*. 2019. URL: <http://www.legalshift.com.ua/?p=1332> (дата звернення: 25.12.2022).
29. Ходико Ю. Є. Критерій творчості (оригінальності) як умова охороноздатності об'єкта авторського права. *Проблеми законності*. 2021. № 153. С. 27–37.
30. Цивільний кодекс України : Кодекс від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 25.12.2022).
31. Цивільний процесуальний кодекс України : Кодекс від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 25.12.2022).
32. Штефан А. Феномен творчої діяльності в авторському праві. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 4. С. 5–13.
33. Штефан А. Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту : монографія. Київ : Інтерсервіс, 2017. 150 с.
34. Штефан О. Поняття об'єкта авторського права та критеріїв його охороноздатності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2006. № 6. С. 3–8.
35. Яворська О. Презумпція творчого характеру праці, результатом якої є об'єкт інтелектуального права: теорія та практика застосування. *Часопис цивілістики*. 2017. № 23. С. 78–82.
36. Яворська О. Теорія та практика застосування презумпції творчого характеру праці, результатом якої є об'єкт інтелектуальної власності. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2017. № 64. С. 175–181.

### Анотація

**Мілицина К. М. Еволюція критерію оригінальності в авторському праві України.** – Стаття.

У статті здійснено спробу дослідження еволюції критерію оригінальності в авторському праві України. Для реалізації поставленої мети вона тезово висвітлює історичний контекст. Далі стаття зосереджується на умові оригінальності в сучасному авторському праві України. Для цього вона аналізує законодавство, судову практику та доктринальні джерела.

В статті висвітлюється, що чинний Закон України «Про авторське право і суміжні права» не передбачає напряму оригінальність як загальний критерій охороноздатності творів, але така вимога все ж висувається. Українська доктрина в різні роки переважно відстоювала позицію, що для авторського права значення має результат. Однак з судової практики випливає протилежний підхід судів до цього питання. Видається, що українські суди при тлумаченні оригінальності відводять головну роль процесу створення творів та, відповідно, застосовують суб'єктивний стандарт оригінальності. Той факт, що судова практика з тлумачення критерію оригінальності є нечисленною, перешкоджає зробити такий висновок з упевненістю. Більш того, навіть якщо існуючий стандарт є суб'єктивним, презумпція оригінальності зводить нанівець його переваги. Презумпція оригінальності у поєднанні з тенденцією судів перекладати питання оригінальності на експертизу, презумпцією авторства та процедурою реєстрації авторських прав, стали сприятливим ґрунтом для зловживань. В рамках реформування законодавства у сфері авторського права передбачається безпосереднє закріплення критерію оригінальності як умови отримання охорони та визначення такого критерію. Підхід закріплення у законодавстві судової практики щодо категорії, яка може змінюватися, викликає певне занепокоєння. Однак ще більшу загрозу становить існування презумпції оригінальності. Існує велика ймовірність, що ефективність спроби законотворців підвищити поріг оригінальності на практиці може бути значним чином знівельована, якщо українські суди не змінять підхід до цього питання. За будь-яких обставин, із запропонованого визначення вбачається курс законотворців встати остаточно на бік суб'єктивного стандарту критерію оригінальності.

**Ключові слова:** авторське право України, критерії охороноздатності за авторським правом, оригінальність, критерій оригінальності, поріг оригінальності, творчість, твір.

### Summary

**Militsyna K. M. Evolution of the Criterion of Originality in Ukrainian Copyright Law.** – Article.

The article attempts to explore the evolution of the criterion of originality in Ukrainian copyright law. To achieve this goal, it outlines the historical background. The article proceeds by examining the criterion

of originality in current Ukrainian copyright law. For this purpose, it analyses legislation, judicial practice and doctrinal sources.

The article highlights that the current Ukrainian Law on Copyright and Related Rights does not directly provide for originality as a general copyrightability requirement for works, but such a requirement still exists. In different years, Ukrainian doctrine has mainly defended the position that it is the result that matters for copyright. However, judicial practice shows the opposite approach of courts to this issue. It seems that, when interpreting originality, Ukrainian courts attribute a primary role to the process of creation of works and, accordingly, apply a subjective standard of originality. The fact that judicial practice on the interpretation of the originality criterion is scarce makes it difficult to draw such a conclusion with certainty. Moreover, even if the existing standard is subjective, the presumption of originality negates its advantages. The presumption of originality, combined with the tendency of courts to shift the question of originality to forensic examinations and expert studies, the presumption of authorship and the procedure of copyright registration, have become fertile ground for abusive behaviour. As part of copyright reform, it is planned to enshrine explicitly the criterion of originality as a condition for granting copyright protection and to define such criterion. The approach of enshrining in the legislation judicial practice regarding a category that may change raises certain concerns. However, even a greater threat lies in the existence of the presumption of originality. There is a high probability that the effectiveness of the drafters' attempt to raise the threshold of originality may be significantly offset in practice, unless Ukrainian courts change their approach to this issue. In any case, it is clear from the proposed definition that the drafters have taken a firm decision in favour of the subjective standard of originality.

*Key words:* Ukrainian copyright law, requirements for copyright protection, originality, criterion of originality, threshold of originality, creativity, work.

УДК 342.565.4.018.05(430-074:410)''1945/...''(091)  
DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.7>

*Н. Т. Паславська*

## ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В БРИТАНСЬКІЙ ОКУПАЦІЙНІЙ ЗОНІ ПОВОЄННОЇ НІМЕЧЧИНИ

**Постановка проблеми.** Адміністративний контроль через адміністративні суди, за допомогою якого громадяни можуть захистити свої права від державної влади, вважають особливим державно-правовим досягненням, навіть «вершиною» правової держави, на думку німецького правника Ф. Фляйнера. Своїм корінням адміністративний контроль у Німеччині сягає 19-го ст., а сучасна німецька адміністративна юстиція базується на багаторічному процесі розвитку від авторитарної до демократичної держави, яка керується конституцією. У ході такого розвитку стосунки між державою і громадянином кардинально змінились від домінування-підпорядкування до відносин, які впорядковані законом.

Адміністративна юстиція незалежної України перебуває в стані свого становлення. Нагальна потреба в ній у нікого не викликає сумнівів. Для її швидкого і поступального розвитку варто скористатися досвідом розвинених європейських демократій, зокрема Німеччини, яка не лише має давній досвід адміністративної юстиції, але й змогла після панування тоталітарного режиму та його поразки в Другій світовій війні за короткий термін відновити адміністративну юстицію. Україна також перебуває в стані війни – проти російського агресора, за надзвичайно складних та руйнівних для країни процесів. Однак перемоги незабаром буде досягнуто і тоді знову нагально постане питання подальшого розвитку адміністративної юстиції.

**Аналіз дослідження проблеми.** Становлення і розвиток адміністративної юстиції Німеччини були предметом дослідження головно німецьких правознавців, таких як Т. Вюртенбергер, Г.-К. Краус, З. Вестфаль, Е. Шмідт-Ассман, Н. Ахтерберг, Р. Гайст, У. Ф. Дассель, К.-П. Зоммерман, М. Штолльайс, М. Нідобітек, В. Єллінек та ін. Окремі питання адміністративного права Німеччини висвітлювались в працях В. М. Бевзенка, М. М. Заїки, В. Х. Ярмакі, І. Б. Коліушка, Р. С. Мельника, М. І. Смоковича, А. Т. Комзюка. Однак вони не приділяють достатньої уваги історико-правовим аспектам тематики.

**Метою статті** є історико-правовий аналіз відновлення адміністративної юстиції в британській окупаційній зоні Німеччини після 1945 року.

**Виклад основного матеріалу.** Британська окупаційна зона, особливо у порівнянні з американською, складалася з досить різномірних районів. До неї увійшли колишні пруські провінції або їхні частини (Ганновер, північна частина Рейнської провінції, Шлезвіг-Гольштайн, Вестфалія), а також колишні землі Брауншвайг, Ольденбург, Ліппе і Шаумбург-Ліппе та ганзейське місто Гамбург. Формування федеральних земель, відновлення та змістове регулювання адміністративної юстиції відбувалися в британській зоні окупації поетапно. Подальший

виклад базується на землях британської окупаційної зони в тому вигляді, в якому вони були остаточно сформовані.

*Нижня Саксонія* була заснована наказом № 55 Британського військового уряду від 1 листопада 1946 року [1, с. 341]. Ст. I наказу передбачала, що раніше існуючі землі Брауншвайг, Ганновер, Ольденбург і Шаумбург-Ліппе втратять свою незалежність як землі та стануть частиною нової землі Нижня Саксонія. Щодо Брауншвайгу, Ольденбургу та Шаумбург-Ліппе британський військовий уряд міг відштовхуватися від раніше існуючих земель, а Ганновер був натомість прусською провінцією. Наказом № 46 від 23 серпня 1946 року він вперше отримав статус землі Британської зони [2, с. 305].

Відновлення адміністративної юстиції на території пізнішої землі Нижня Саксонія відбулося частково до, а частково після утворення цієї землі. У Ганновері за ініціативою військового уряду було наказано відновити діяльність адміністративних судів розпорядженням лорда-президента Ганновера від 17 серпня 1946 року [3, с. 248]. Ст. 1 передбачала, що адміністративні суди відновлять свою діяльність 15 вересня 1946 р. § 2 Наказу про відновлення констатував, що районні адміністративні суди (зазначені в § 1 як єдина інстанція) для адміністративних округів Ганновер, Гільдесгайм, Люнебург, Штаде, Оснабрюк і Ауріх приймають рішення в усіх справах, які були вирішені районним комітетом або окружним чи міським комітетом на підставі закону, що діяв до 30 січня 1933 року. Таким чином, наказ посилався на пруський закон «Про загальну державну адміністрацію» від 30 липня 1883 р. [4, с. 195], який, як юрисдикційна норма, не передбачав загальних положень, окрім тих, що стосуються поліцейських справ, а посилався на спеціальні законодавчі положення щодо предметної юрисдикції цих органів в абз. 2 § 7, до яких також належав і Вищий адміністративний суд Пруссії. Реч. 1 § 4 Наказу про відновлення регулювало фактичну незалежність. Положення передбачало, що адміністративні суди районів та їхні члени підпорядковуються лише закону.

У землі Ольденбург Наказ про відновлення діяльності адміністративних судів був виданий трохи пізніше, ніж у провінції Ганновер, а саме 26 серпня 1946 року. Наказ, який визначив початок діяльності адміністративних судів 17 вересня 1946 р., регламентував (дворівневу) судову організацію – міські або окружні адміністративні суди та вищі адміністративні суди. Однак щодо предметної юрисдикції та процедури він посилався на Закон Великого герцогства Ольденбург про адміністративну юстицію від 9 травня 1906 р. [5, с. 693]. Заснований на пруській нормі [6, с. 13, 16], Ольденбурзький закон про адміністративну юстицію також не мав загальних положень, а натомість регулював юрисдикцію адміністративних судів перелічувально, дозволяючи при цьому спрощене розширення юрисдикції шляхом наказу [там само, с. 15]. Наказ про відновлення також забезпечував певний, хоча й не повний, персональний поділ між адміністративною юстицією та діючою адміністрацією [7, с. 99].

У регіонах, які 31 жовтня 1946 року належали до колишньої землі Брауншвайг, адміністративна юстиція була відновлена лише 1 жовтня 1947 року, тобто після заснування землі Нижня Саксонія. Наказ про відновлення тимчасово реанімував діяльність Вищого адміністративного суду колишньої землі Брауншвайг до опри-



люднення закону про реорганізацію структури та юрисдикції адміністративних судів на всій території землі Нижня Саксонія та посилався на правову ситуацію, що діяла станом на 29 січня 1933 року в ст. 2 щодо його складу, судоустрою, юрисдикції та процедури. До юрисдикції Вищого адміністративного суду застосовувався принцип виключного переліку, а не загальних положень.

Стосовно землі Шаумбург-Ліппе напередодні її приєднання до нової землі Нижня Саксонія, яка до того часу не мала загальної адміністративної юстиції, не можна переконливо стверджувати, що там з 1945 року була запроваджена адміністративна юстиція [8, с. 29]. З утворенням землі Нижня Саксонія земля Шаумбург-Ліппе стала округом в адміністративному районі Ганновера і підпорядковувалась чинним там нормам.

Земля *Північний Рейн-Вестфалія* (на той час ще Північний Рейн/Вестфалія) була утворена 23 серпня 1946 року Наказом № 46 британського військового уряду [2, с. 305] з провінції Вестфалія та північної частини провінції Рейн (урядові округи Ахен, Дюссельдорф і Кельн). Земля Ліппе [9, с. 670], яка до цього часу була незалежною, була включена до складу Північного Рейну-Вестфалії з 21 січня 1947 року Наказом № 77 британського військового уряду [10, с. 411].

Ще до утворення землі Північний Рейн-Вестфалія було наказано відновити адміністративну юрисдикцію в провінції Північний Рейн і в провінції Вестфалія. У провінції Північний Рейн це відбулось з наказу Обер-президента про відновлення діяльності адміністративних судів від 29 березня 1946 р. [3, с. 190]. У § 1 зазначалося, що районні адміністративні суди для адміністративних округів Аахен, Кельн і Дюссельдорф відновлюють свою діяльність з 1 квітня 1946 р. Із погляду структури та змісту Наказ про відновлення значною мірою відповідав відповідному наказу для провінції Ганновер [там само, прим. 125]. І в цьому випадку наказ також був виданий за ініціативи військового уряду, за основу теж взяли (§ 2) пруське законодавство, чинне до 30 січня 1933 р., яке в принципі не регулювало компетенцію адміністративних судів за допомогою загального положення (винятком були поліцейські справи), а перераховувало їх. Також фактична незалежність була остаточно закріплена в реч. 1 § 4. Варто однак згадати, що зв'язок між адміністративною юстицією та діючою адміністрацією встановлювався тим фактом, що, згідно з § 5, Голова адміністративного суду мав бути адміністративним службовцем. Для провінції Вестфалія наказ про відновлення діяльності адміністративних судів від 2 серпня 1946 року вимагав, щоб районні адміністративні суди для адміністративних округів Мюнстер, Мінден і Арнсберг відновили свою діяльність 7 серпня 1946 року [там само, с. 233]. Цей наказ про відновлення також подібний за структурою та змістом до вже згаданих наказів, що стосуються Ганновера та провінції Північний Рейн, хоча Вестфальське регулювання не пов'язує посаду президента адміністративного суду з роботою в діючій адміністрації.

Адміністративна юстиція щодо землі Ліппе була відновлена лише після її приєднання до Північного Рейну-Вестфалії. Наказ про юрисдикцію в адміністративних справах і справах публічного права землі Ліппе від 6 лютого 1947 року, який набрав чинності 5 березня 1947 року, передбачав у абз. 1 статті I, що юстиція в штаті Ліппе в справах адміністрації та публічного права здійснюється адміністративним судом

адміністративного округу Мінден до подальших вказівок. З цією метою абз. 2 статті II передбачав, що Адміністративний суд Міндена має створити відділення, розташоване в Детмольді [11, с. 15]. Окрім організаційних положень, наказ містив два типи посилань. З одного боку, що стосується юрисдикції та процедури, посилялися на правову ситуацію, що існувала станом на 29 січня 1933 року [12, с. 49] (абз. 2 і 3 ст. I та абз. 1 ст. III), а з іншого боку, в решті питань – на наказ про відновлення Вестфалії (абз. 1 ст. V). Відокремлення адміністративної юстиції від діючої адміністрації було здійснено не зовсім досконало. Відділення складалося з голови та трьох непрофесійних членів, а також з посадової особи, кваліфікованої для вищої адміністративної служби, яка повинна працювати в адміністративній службі землі Ліппе (абз. 2 ст. II). Той факт, що відповідно до абз. 3 статті II президент землі Ліппе, окружний адміністратор округу Детмольд, окружний адміністратор округу Лемго та їхні заступники не могли бути членами адміністративного суду адміністративного району Мінден, вплинув на особистий зв'язок адміністративної юстиції, і адміністрація протистояла цьому в кожному конкретному випадку, однак, що стосується незалежності адміністративного суду, її не варто переоцінювати.

*Шлезвіг-Гольштейн*, колишня прусська провінція [13, с. 585, 595], отримала статус землі британської зони 23 серпня 1946 року Наказом № 46 британського військового уряду [2, с. 305]. Лише за сім тижнів до цього, 10 липня 1946 року, ландтаг (парламент) провінції Шлезвіг-Гольштейн – так вона називалася з 14 травня 1946 року – прийняв рішення про відновлення адміністративних судів шляхом прийняття однойменного закону, який, відповідно до абз. 2 § 16 закону, набув чинності через день з відновленням діяльності Земельного адміністративного суду [3, с. 270]. Адміністративні суди дворівневої адміністративної юрисдикції були визначені в § 1 абз. 2 як незалежні суди, що підпорядковуються лише закону. На керівників органів виконавчої влади (президента держави, членів уряду держави, керівників муніципалітетів, керівників округів) поширювалась норма § 5 про несумісність щодо членства в адміністративних судах. Відокремлення адміністративної юстиції від діючої адміністрації було, однак, неповним [7, с. 91]. Відповідно до абз. 2 § 9, судді земельних адміністративних судів могли працювати на другорядних посадах в адміністрації, а для голів міських та окружних адміністративних судів абз. 3 § 9 навіть передбачав, що вони можуть одночасно займати іншу основну посаду. Той факт, що судді земельного адміністративного суду повинні були мати досвід роботи в державному управлінні відповідно до абз. 1 § 9, також забезпечував певний зв'язок з діючою адміністрацією. В іншому, що стосується юрисдикції та процедури, закон відсилав до правової ситуації, яка існувала в Пруссії до приходу націонал-соціалістів до влади (таким чином, до принципу перерахування, який застосовується до предметної юрисдикції), хоча тут, з погляду нормативної техніки, було зроблено посилання не на кінцеву дату (30 або 29 січня 1933 року), як в інших випадках, а на відповідне націонал-соціалістичне законодавство (яке було скасовано § 3 закону).

Британська окупаційна влада надала *Гамбургу* статус землі, тобто міста-держави, підпорядкованої безпосередньо Рейху [14, с. 37], у зв'язку з його традиційним [15, с. 89] державно-правовим статусом. Наказ на відновлення діяльності

адміністративних судів у Гамбурзі з ініціативи військового уряду було надано розпорядженням бургомістра ганзейського міста від 18 березня 1946 року [3, с. 279]. Після цього 1 квітня 1946 р. адміністративні суди, а саме Адміністративний суд і Вищий адміністративний суд відновили свою діяльність (§ 1). Наказ здебільшого посилався на закон, який раніше діяв у Гамбурзі (§ 2, абзац 1), «включно з прийнятими до 1938 року законами про внесення змін та доповнення до законів» [7, с. 104]. Це означало дотримання, з одного боку, традиції правової держави [там само], а з іншого боку, стосовно юстиції – змішаної системи, що діяла з 1933/34 року, згідно з якою до розпоряджень поліцейських органів застосовувалося лише загальне положення, а в усіх інших питаннях діяв принцип виключного переліку [16, с. 112].

Після того, як у британській зоні спочатку були прийняті «регіональні норми» [17, с. 67], британський військовий уряд взяв на себе ініціативу запровадити єдину норму адміністративної юстиції для всієї зони. У червні 1947 року він створив Консультативний комітет з адміністративного та публічного права (Advisory Committee on Administrative and Public Law) при Правовому відділі (Legal Division) в Герфорді, якому було доручено розробити проєкт регламенту адміністративного суду для розвитку британської зони. Робота Герфордського комітету базувалася на «Гайдельберзькому проєкті», складеному для американської зони [169, с. 21]. Однак затвердження проєкту, підготовленого Консультативним комітетом, було відкладено, оскільки він передбачав створення Вищого адміністративного суду – у поєднанні з можливістю створення середньої інстанції, наданої землям, – що було відкинуто британським військовим урядом, який – без погодження з американським (військовим урядом) і без аналогічної установи в південних німецьких землях – наполягав на дворівневій структурі. Спричинені цим затримки в прийнятті єдиного рішення адміністративного суду були усунені проміжним рішенням [11, с. 6], у формі наказу № 141 Британського військового уряду з метою задовольнити найнагальніші потреби [18, с. 719].

Наказ № 141 Про юрисдикцію в адміністративних справах набрав чинності 1 квітня 1948 року. Він вже містив основні ідеї наказу, заснованого на Герфордському проєкті, який набув чинності майже через шість місяців, такі як вимога суб'єктивного публічного права в контексті позову про оскарження або бездіяльність (абз. 1 і 2 ст. III), обмеження перегляду дискреційних актів адміністрації (ст. III, абз. 3) або звільнення адміністративних судів від адміністративних завдань (ст. VIII і IX). Однак, перш за все – і це було його найбільш значним досягненням – частина I Наказу 141 під заголовком «Розширення правового захисту в адміністративних судах» [19, с. 101] запровадила загальне положення про адміністративну процедуру, так що відтоді будь-який адміністративний акт міг бути оскаржений за допомогою позову в адміністративному судочинстві. Відповідно до свого тимчасового характеру, ст. VI Наказу також вимагала, щоб чинні положення про устрій, юрисдикцію та процедуру адміністративних судів продовжували застосовуватися.

15 вересня 1948 року набув чинності вже не тимчасовий, а остаточний Наказ «Про адміністративну юрисдикцію в британській зоні» британського військового уряду. З набуттям чинності більшість положень Наказу № 141 було скасовано,

але не ст. VII (Адміністративна юстиція щодо органів місцевого самоврядування), а також VIII та IX (Звільнення адміністративних судів від виконання адміністративних обов'язків). Незважаючи на те, що Герфордський проєкт, на якому ґрунтувався Наказ № 165, був орієнтований на Гайдельберзький проєкт і в основних пунктах був змодельований за його зразком, «південнонімецька норма була змінена в такій кількості пунктів, так що проєкт, прийнятий в Герфорді на початку 1948 року, в кінцевому підсумку несуттєво відрізнявся від Гайдельберзького проєкту за структурою і за змістом» [20, с. 98]. Варто виділити суттєві моменти британського наказу, які засвідчують принципову суголосність із законодавством про адміністративні суди американської зони.

Як головне організаційне рішення, абз. 1 § 1 Наказу 165 передбачає, що адміністративна юстиція здійснюється незалежними судами, які підпорядковуються лише закону та відокремлені від адміністративних органів. Згідно з цим адміністративна юстиція була справжньою юстицією, а не частиною адміністрації і водночас особливою гілкою юстиції, окремою від звичайної юстиції, судді якої, як і судді звичайних судів, мали особисту незалежність відповідно до абз. 1 ст. 17. На відміну від американської зони, в Наказі 165 не передбачалось сумісництва адміністративних посадових осіб в якості адміністративних суддів, тим не менше, відповідно до абз. 2 § 14, принаймні половина штатних членів кожного VG повинна була мати трирічний досвід роботи в адміністративних органах. Адміністративна юстиція все ще була пов'язана з виконавчою владою через наглядову владу (§ 9), але це відповідало тенденції Наказу 165 гарантувати незалежність судочинства за будь-яких обставин, щоб не міністр внутрішніх справ, а прем'єр-міністр призначався як вищий наглядовий орган. Загальне положення, вже запроваджене Наказом № 141, було підтверджене § 22 Наказу № 165 для всіх галузей права та галузей управління, згідно з яким відмінність, що існувала в американській зоні (§ 22 Закону про адміністративне судочинство) між справами про оскарження та партійними суперечками, не була збережена, але юрисдикція адміністративних судів була поширена без розрізнення на всі публічно-правові суперечки, за винятком конституційних суперечок. Відповідно до §§ 23 і 24 звернення до адміністративних судів, які згідно з § 2 Наказу 165 мають дворівневу структуру в кожній землі (земельні адміністративні суди та Вищий адміністративний суд), передбачало відстоювання суб'єктивного публічного права. На відміну від американської зони, адміністративні суди більше не діяли як діюча адміністрація або замість неї відповідно до Наказу 165. Таким чином, перегляд дискреційних рішень органів влади відповідно до абз. 3 § 23 обмежувався дотриманням зовнішніх меж дискреції та належним здійсненням дискреційних повноважень. Залишки активного адміністрування містилися однак в абз. 4 § 23, згідно з яким у випадку, що регулюється цим законом, оцінка правової невігідності, покладеної на постраждалого, підлягала перегляду та зміні з боку адміністративного суду. Крім того, абз. 2 § 75 передбачав, що адміністративний суд може встановити менший розмір пільги, визначеної адміністративним актом. Щодо видів судочинства, то Положення № 165 передбачало крім позову про скасування (§ 23) позов про виконання або зобов'язання (§ 24) (який виходив за рамки простого позову про бездіяльність),

при цьому обидва типи позовів вимагали неуспішного заперечення відповідно до § 44, а також позову про винесення декларативного судового рішення відповідно до § 52; На відміну від американської зони, абстрактний контроль підзаконних норм не входив до юрисдикції адміністративних судів британської зони. Однак Наказ 165 (подібно до реч. 2 абз. 1 § 79 Закону про адміністративний суд в американській зоні) регулював продовження декларативного позову в реч. 2 абз. 1 § 75. Примітним у Наказі 165 є також те, що він містить визначення адміністративного акту в реч. 1, абз. 1 § 25 (як і в абз. 1 статті II Наказу 141). Згідно з цим визначенням, адміністративним актом у розумінні Наказу є «будь-яке розпорядження, наказ, рішення або інший захід, прийнятий адміністративним органом для врегулювання окремої справи у сфері публічного права» [21, с. 110].

Окрім уніфікації законодавства через Наказ 165 землі Нижня Саксонія, Північний Рейн-Вестфалія та Шлезвіг-Гольштайн також узгодили створення спільного Вищого адміністративного суду в рамках робочої групи з питань єдиної зональної структури адміністративної юстиції. Зрештою, з 1 квітня 1949 року було створено спільний Вищий адміністративний суд для земель Нижня Саксонія та Шлезвіг-Гольштайн з центром у Люнебурзі, який проіснував до створення окремого Вищого адміністративного суду землі Шлезвіг-Гольштайн 1 квітня 1991 року.

**Висновки.** Після поразки націонал-соціалізму в Німеччині нагально постало питання про відбудову адміністративної юстиції. Залежно від окупаційної зони ці процеси відбувалися в різних землях по-різному. Свою специфіку засвідчує повенний розвиток адміністративної юстиції у британській окупаційній зоні. Її було створено поетапно на базі дуже різних поміж собою земель. У результаті прийнятих окупаційною владою рішень адміністративна юстиція здійснювалася незалежними судами, підпорядкованими закону та відокремленими від адміністративних органів. На відміну від американської зони, у британській зоні не передбачалось сумісництва адміністративних посадових осіб в якості адміністративних суддів. Адміністративні суди не діяли як активна адміністрація або замість неї. Абстрактний контроль підзаконних норм не входив до юрисдикції адміністративних судів британської зони. Законодавство земель зони було уніфіковано і узгоджено створенням спільного Вищого адміністративного суду.

### *Література*

1. Verordnung № 55 vom 1. November 1946. Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet. <http://www.reichsgesetzblatt.de/D/ABl-GB/1947/15-haupt.htm>
2. Verordnung № 46 vom 23. August 1946. Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet. <https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/que/normal/que1167.pdf>
3. Sandt Th. v. d. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. Münster Westf. : Aschen-dorff, 1949. 295 s.
4. Preußisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883. <http://www.verfassungen.de/preussen/gesetze/landesverwaltungsgesetz1883.htm>
5. Das Gesetz für das Großherzogtum Oldenburg betreffend Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9. Mai. 1906. Gesetzblatt für das Herzogtum Oldenburg.
6. Hanisch W. Das Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz vom 9. Mai. 1906. In: Hanisch (Hrsg.). 100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Oldenburg. Oldenburg : Isensee, 1957. 219 s.
7. Hoffmann H. Die Wiederherstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diss. Leipzig. 155 s.
8. Dassel U. v. Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit. Neue Justiz. 1948. № 1–2. S. 27–31.

9. Hüttenberger P. Nordrein-Westfalen seit 1945. (Hrsg.) Sante G. W. v. Geschichte der deutschen Länder: Territorien-Ploetz. Bd. 2. Würzburg: Plötz, 1971. 1020 s.
10. Verordnung № 77 vom 21. Januar 1947. Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet.
11. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Land Nordrhein-Westfalen 1945–1969: Dokumentation. Münster: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1970. 340 s.
12. Elbe J. v. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder. Borna/Leipzig: Noske, 1925. 60 s.
13. Scharff A. Schleswig-Holstein. (Hrsg.) Sante G. W. v. Geschichte der deutschen Länder : Territorien-Ploetz. Bd. 2. Würzburg : Plötz, 1971. 1020 s.
14. Weber W. Der gegenwärtige Verwaltungsaufbau Deutschlands. Hamburg: Gesetz und Recht Verl., 1948. 77 s.
15. Eschenburg Th. Jahre der Besatzung 1945–1949. Stuttgart : Brockhaus 1983. 627 s.
16. Krönig. Die Zuständigkeit des Hamburgischen Verwaltungsgerichts. MDR. 1947.
17. Schiffmann G. Die Bedeutung der ehrenamtlichen Richter bei Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Berlin : Duncker & Humblot, 1974. 317 s.
18. Verordnung № 141 vom 1. April 1948. Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet.
19. Giesges W. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg. Hamburg: Rechts- u. Staatswiss. Verl., 1948. 91 s.
20. Sellmann M. Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit. H.R. Kälz / R. Naumann (Hrsg.). Staatsbürger und Staatsgewalt. Bd. 1. Karlsruhe, 163. S. 25–86.
21. Hufnagl F. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone. Berlin/München: Schweitzer, 1950. 342 s.

### Анотація

**Паславська Н. Т. Історико-правовий аналіз адміністративної юстиції в британській окупаційній зоні повоєнної Німеччини.** – Стаття.

У статті проаналізовано історико-правові аспекти відновлення адміністративної юстиції в британській окупаційній зоні в Німеччині після 1945 року. Ця територія була сформована різнорідними районами Німеччини, колишніми пруськими провінціями чи їхніми частинами.

Після прийняття регіональних норм британський військовий уряд ініціював запровадження єдиної норми адміністративної юстиції для всієї зони. Було створено Консультативний комітет з адміністративного та публічного права в Герфордї для розробки проекту регламенту адміністративного суду для розвитку британської зони. За основу було взято Гайдельберзький проєкт для американської зони. Британський військовий уряд не вважав за потрібне за аналогією до американської зони створити трирівневу адміністративну юрисдикцію, а наполягав на дворівневій, без можливості створення середньої інстанції, наданої землям. Проміжним рішенням було передбачено вимогу суб'єктивного публічного права в контексті позову про оскарження або бездіяльність, обмеження перегляду дискреційних актів адміністрації або звільнення адміністративних судів від адміністративних завдань). Найбільшим досягненням вважалося розширення правового захисту в адміністративних судах запровадженням загального положення про адміністративну процедуру, тому що відтоді будь-який адміністративний акт міг бути оскаржений за допомогою позову в адміністративному судочинстві. В результаті прийнятих окупаційною владою рішень адміністративна юстиція в британській зоні здійснювалася незалежними судами, підпорядкованими закону та відокремленими від адміністративних органів. На відміну від американської зони, у британській зоні не передбачалось сумісництва адміністративних посадових осіб в якості адміністративних суддів. Адміністративні суди не діяли як активна адміністрація або замість неї. Абстрактний контроль підзаконних норм не входив до юрисдикції адміністративних судів британської зони. Законодавство земель зони було уніфіковано і узгоджено створенням спільного Вищого адміністративного суду.

**Ключові слова:** адміністративна юстиція, адміністративна юрисдикція, британська окупаційна зона, Друга світова війна, Німеччина.

## Summary

**Paslavska N. T. Historical and legal analysis administrative justice in the British occupation zone of post-war Germany. – Article.**

The article analyzes the historical and legal aspects of the restoration of administrative justice in the British occupation zone in Germany after 1945. This territory was formed by heterogeneous areas of Germany, former Prussian provinces or their parts. After the adoption of regional norms, the British military government initiated the introduction of a single regulation of administrative justice for the entire zone. An Advisory Committee on Administrative and Public Law was established in Herford to draft administrative tribunal regulations for the development of the British zone. The Heidelberg project for the American zone was taken as a basis. The British military government did not consider it necessary, by analogy with the American zone, to create a three-level administrative jurisdiction, but insisted on a two-level one, without the possibility of creating an intermediate instance given to the lands. The interim decision provided for the requirement of subjective public law in the context of a claim for appeal or inaction, limitation of review of discretionary acts of the administration or exemption of administrative courts from administrative tasks. The greatest achievement was considered to be the expansion of legal protection in administrative courts by the introduction of a general provision on administrative procedure, because since then any administrative act could be challenged by means of a lawsuit in administrative proceedings. As a result of the decisions made by the occupying power, administrative justice in the British zone was carried out by independent courts subordinate to the law and separated from administrative bodies. In contrast to the American zone, the British zone did not envisage the coexistence of administrative officials as administrative judges. The administrative courts did not act as or in place of the active administration. Abstract control of subordinate legislation was not within the jurisdiction of the administrative courts of the British zone. The legislation of the lands of the zone was unified and harmonized by the creation of a joint High Administrative Court.

*Key words:* administrative justice, administrative jurisdiction, British occupation zone, World War II, Germany.

УДК 340

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.8>

Т. П. Попович

## РОЗУМІННЯ ОBOB'ЯЗКУ У ПРИРОДНО-ПРАВОВИХ КОНЦЕПЦІЯХ Г. ГРОЦІЯ ТА Б. СПІНОЗИ

**Постановка проблеми.** Значимість й водночас цікавість трактування обов'язку в контексті природно-правової школи Нового часу пов'язуються з тим, що тут мислителі намагались всеохоплююче представити людину як природну і соціальну істоту. Завдяки цьому, як наслідок, сформувалось вчення про природний і громадянський стани людини: яким чином один переходить в інший, як вони між собою пов'язані, як на кожному рівні реалізовує себе обов'язок тощо. Саме на рівні громадянського стану людина не просто втілює свою соціальність, але реалізовує її у державі, в якій наявний широкий спектр різного роду зобов'язань (громадян (підданих), суверена (верховної влади)), що ґрунтуються на природних і позитивних законах. Безсумнівно, обов'язки в школі природного права тісно пов'язані з природними правами і природними законами. В одному випадку вони слугують тому, аби людина ствердилась у стані природному, в іншому ж – щоб реалізувала вповні свій стан громадянський.

**Стан наукового дослідження.** Слід відзначити, що аналіз проблематики природного права в концепціях мислителів Нового часу досить широко представлений у сучасній науковій літературі. Серед провідних дослідників зазначимо: Й. Бакгаус, Л. Венеція (L. Venezia), Т. Вест (T. West), Р. Веттерлі (R. Vetterli), І. Галкіна, О. Гірке, О. Горяїнова, Г. Денцер Е. Етьейбо (E. Etieyibo), Т. Карбонно (T. Carbonneau), Н. Малкольма (N. Malcolm), Ф. Оуклі (F. Oakley), В. Піскунова, А. Рпачинські (A. Rpaczynski), М. Філаретова, Г. Фрамбаха, Я. Хантера (I. Hunter), С. Цурбухена, Дж. Чарвета (J. Charvet) та ін. Разом із тим, варто визнати, що відсутнім залишається концептуалізований і систематизований виклад питання стосовно природи і форм реалізації обов'язків крізь призму природно-правових теорій.

**Метою статті** є дослідження та здійснення аналізу розуміння категорії обов'язку у природно-правових концепціях Г. Гроція та Б. Спінози.

### Виклад основного матеріалу.

*1. Г. Гроцій.* Уявлення голландського мислителя про обов'язки віднаходимо в працях «Вступ до голландської юриспруденції» та «Про право війни і миру». Так, у першій з праць обов'язок розглядається як акт людини, яка дотримується принципів честі, і стосується або безпосередньо неї самої, схилиючи діяти розсудливо, розважливо, мудро тощо, або ж іншої людини. Обов'язки, скеровані щодо іншої особи, Г. Гроцій поділяє на три види: обов'язок прихильності, обов'язок добросовісності та обов'язок відшкодування шкоди. Так, обов'язок прихильності походить з природного почуття товариськості як вродженого в усіх людях. Він полягає у тому, аби робити добро всім людям наскільки це можливо без спричинення шкоди самому собі. В свою чергу, обов'язок добросовісності пов'язаний із різним вираженням мови, і полягає



у говорінні правди і дотриманні людиною обіцянок, які вона на себе взяла і про які висловила [1, с. 282–283]. Щодо обіцянок, то їх предметом може стати кожна річ чи дія [1, с. 310]. Обов'язок відшкодування шкоди реалізується, до прикладу, в ситуації зі злочином. Зокрема, винний, окрім того, що повинен понести покарання за вчинене, зафіксоване позитивним правом, також зобов'язаний зробити репарацію на користь постраждалого – в обсязі спричиненої шкоди. Якщо покарання втілюється через судові рішення, то репарація такого не потребує. Обов'язок здійснення репарації поширюється й на спадкоємців правопорушника [1, с. 425–426].

Нідерландський вчений виходить з того, що, з точки зору природного права, ніхто не може зобов'язати іншого, адже обов'язок ґрунтується на владі, яку кожен має щодо своїх дій, а тому ніхто не володіє подібною владою над діями інших. Втім, у даному твердженні містяться деякі винятки. Вони стосуються категорій осіб, які можуть зобов'язувати інших. До прикладу, батьки – дітей, опікуни – неповнолітніх, купці – агентів тощо [1, с. 288–289]. Г. Гроцій визначає вимоги, яким має відповідати обов'язок. Передусім, він має ґрунтуватися на вільному волевиявленні особи. Відповідно, ті, хто не здатні висловити таку волю (до прикладу, психічно хворі), не можуть бути зобов'язаними. Окрім цього, ніхто не може бути зобов'язаним щодо дій, виконаних з помилки чи через введення в оману шахрайством. Ніхто так само не може себе зобов'язати щодо предметів, які є неможливими чи незаконними загалом чи окремо для особи [1, с. 286–287].

Ідеї Гроція про обов'язки також можемо простежити у його найбільш відомій праці «Про право війни і миру». Перш за все, з обов'язковістю пов'язане розуміння вченим права як такого (закону, правила). Це «правила моральних вчинків, які зобов'язують до виконання певної належної дії». Вказівка на «належну» дію пов'язана з тим, що право, з погляду Гроція, стосується предмету справедливості [2]. Відтак, право природне являє собою припис здорового глузду, яким та чи інша дія визнається чи морально ганебною, чи морально необхідною. Звідси, така дія або заборонена або приписана [2]. На члена суспільства покладаються обов'язки, що впливають з природної справедливості, яка прагне до встановлення гармонії між частиною і цілим [3].

Нідерландський мислитель зазначає, що обов'язки можуть виникати як із існуючих, так і з неіснуючих речей. З існуючих речей впливає обов'язок у міру сил сприяння тому, щоб річ потрапила в наше володіння. Ним зв'язаний той, хто має річ у своєму володінні. Із запровадженням приватної власності між власниками ніби на підставі договору сформувалось суспільство, де, якщо хтось отримає у володіння чужу власність, має повернути її власнику. Стосовно виникнення обов'язків з неіснуючих речей йдеться про те, що, у випадку, коли хтось збагатився за рахунок чужої речі, поки власник її не мав у своєму володінні, він стає зобов'язаним відшкодувати стільки, наскільки він збагатився за рахунок відповідної речі [3].

Окремо Г. Гроцій роздумує над зобов'язаннями, які впливають із обіцянок. Так, виділяються три ступені виявлення волі щодо майбутніх дій. Перший – виявлення існуючої в теперішньому волі щодо майбутнього. Тут не вимагається збереження наміру в подальшому. Другий ступінь – обіцянка, яка накладає обов'язок, однак не надає права іншому (до прикладу, вірність, милосердя, вдячність тощо). Третій ступінь, нарешті, означає обіцянку, яка накладає обов'язок,

що надає право іншому. Мова йде про обіцянку щось уступити чи щось виконати [3]. Головна вимога, яка необхідна для надання обіцянок, зводиться до того, щоб людина перебувала в здоровому глузді. Для дійсності обіцянки важливо також, аби її предмет був чи міг бути у владі того, хто її дає. Крім цього, щоб через обіцянку відбулась передача права, необхідне її прийняття [3].

Розгляд обов'язків має місце в Г. Гроція і у сенсі реалізації верховної влади в державі. Варто зауважити, що держава встановлюється для забезпечення громадського спокою, а тому вона володіє верховним правом над людьми та їх надбанням, що є необхідним для здійснення державних цілей. Тому держава може накласти заборону на право спротиву владі задля забезпечення миру й порядку [3]. Відзначимо також, що всіх правителів зв'язують право природне і право божественне, навіть якщо стосовно них вони не надавали жодних зобов'язань. Водночас верховна влада не перестає бути такою у ситуації, коли правитель зобов'язує себе якими-небудь обіцянками. Якщо правитель вчинить діяння всупереч прийнятому на себе зобов'язанню, воно лише отримає неправомірний характер [3]. Однак, якщо правителі, що перебувають у підкоренні народу чи з самого початку отримали від нього владу, порушать закон чи вчинять злочин проти закону або держави, то їм можна протівитися силою й навіть слід карати смертю [3].

2. *Б. Спіноза*. На окрему увагу заслуговують і погляди відомого представника школи природного права, нідерландського філософа Б. Спінози. У «Богословсько-політичному трактаті» ним розрізняються природне і громадянське право. Перше «визначається не здоровим глуздом, але бажанням і міццю». Людина «зобов'язана жити й зберігати себе, наскільки на це є сил, керуючись тільки імпульсом бажання». Виходячи з цього, все, що людина вважає для себе корисним, вона може в різний спосіб присвоювати і захоплювати [4, с. 177–178]. У свою чергу, громадянське право кожного зумовлено потребою у безпеці, базується на договорі й передбачає підкорення бажання розуму, яким і мають скеровуватися всі дії індивіда [4, с. 179]. Для філософа суспільний договір являє собою «своєрідні триваючі правовідносини, дійсність яких укорінена в вимогах існування і самозбереження, що врегульовані розумом» [5, с. 24].

Б. Спіноза називає верховну владу не тільки правом, але й обов'язком. Залежно від того, в руках кого знаходиться цей обов'язок, різниться форма правління (демократія, аристократія, монархія) [6, с. 110]. «Верховна влада зосереджена абсолютно у руках того, на кого за загальною згодою покладена турбота про справи правління» [7, с. 257]. Всі повинні їй підкорюватися, оскільки перенесли на неї свою силу (міць). Необхідність такого підкорення аргументується двома факторами: по-перше, оскільки розум керує урядом, останній піклується про загальний добробут; по-друге, індивідуальні переваги від покори є більшими, ніж ціна непослуху [8, р. 109]. Індивід, який вирішив підкорюватися всім наказам держави, чинить згідно зі своєю безпекою і користю [7, с. 260]. Навіть якщо підданий вважає якийсь закон несправедливим, все одно він перебуває під зобов'язанням його виконувати [7, с. 261]. Сама ж верховна влада не зв'язана жодним законом. Однак їй «кожен зобов'язаний підкорятися чи добровільно, чи під страхом ... покарання [4, с. 181]. Збереження держави, переконаний мислитель, залежить головним чином від вірності підданих, їх чеснот і душевної постійності в виконанні приписів [4, с. 190].

Б. Спіноза обумовлює зв'язок обов'язку із законом. Останній в його абсолютному сенсі являє собою те, що змушує кожного індивіда діяти певним відомим і визначеним чином. У більш вузькому ж сенсі це «спосіб життя, що приписується людиною собі чи іншим для певної цілі» [4, с. 54–55]. Закони поділяються мислителем на божественний (служує досягненню вищого блага, тобто істинного пізнання Бога і любові до нього) і людський (служує охороні життя держави) [4, с. 55].

**Висновки.** Таким чином, дослідивши категорію обов'язку крізь призму поглядів нідерландських представників природно-правової традиції Нового часу можна відзначити наступні особливості. Найвагоміша асоціація в аспекті розуміння обов'язку в Г. Гроція пов'язана з тим, що останній покликаний втілювати у собі справедливість у суспільстві. Дотримання і добросовісне виконання обов'язків свідчить про високу свідомість людини, яка дала згоду вийти зі стану природного й вступити в стан громадянський. Взяти на себе зобов'язання означає реалізувати вимоги соціальності, здійснити надані обіцянки, відшкодувати спричинену шкоду тощо. Усе це демонструє впорядкованість життя індивіда, його гармонування з соціумом і верховною владою, якій він добровільно вирішив підкорятися. Що ж до Б. Спінози, то його позиція стосовно трактування обов'язків є схожою до концепції Т. Гоббса – як у сенсі того, що вони слугують запорукою збереження й нормального функціонування держави, а також щодо сприйняття абсолютної необхідності підкорюватися верховній владі, її законам. Особливість же вчення філософа полягає у тому, що виконання обов'язків (зокрема, в громадянському стані людей) – це вимога розуму, яка зумовлює потребу підкорити власні бажання на користь колективного цілого. При цьому індивід, який виконує покладені на нього обов'язки, діє, перш за все, керуючись інтересами власної безпеки.

### Література

1. Гроций Г. Введение в голландскую юриспруденцию. Киев : Центр учебной литературы, 2021. 466 с.
2. Гроций Г. О праве войны и мира. Книга первая. URL: (дата звернення: 13.10.2022).
3. Гроций Г. О праве войны и мира. Книга вторая. URL: [http://www.civisbook.ru/files/File/Groziy\\_Kn2.pdf](http://www.civisbook.ru/files/File/Groziy_Kn2.pdf) (дата звернення: 13.10.2022).
4. Спиноза Б. Богословско-политический трактат. *Сочинения в 2-х томах*. Т. II. Санкт-Петербург : Наука, 1999. С. 5–246.
5. Галкин И. В. Политико-правовые идеи в монистической философии Бенедикта Спинозы : автореф. дисс. канд. юрид. наук; спец. : 12.00.01. Москва, 2013. 37 с.
6. Окладна М. Г. Бенедикт Спіноза: державно-правова концепція. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2015. Вип. 29. С. 103–115.
7. Спиноза Б. Политический трактат. *Сочинения в 2-х томах*. Т. II. Санкт-Петербург : Наука, 1999. С. 247–330.
8. Lane J.-E. Spinoza's political theory: naturalism, determinism and institutionalism. *Open Journal of Philosophy*. 2017. № 7. P. 105–115.

### Анотація

**Попович Т. П.** Розуміння обов'язку у природно-правових концепціях Г. Гроція та Б. Спінози. – Стаття. Стаття присвячена аналізу проблематики обов'язків у світлі поглядів голландських мислителів Г. Гроція та Б. Спінози. Автором наголошується, що значимість й водночас цікавість трактування обов'язку в контексті класичної природно-правової школи пов'язуються з тим, що тут філософи намагались всеохоплююче представити людину як природну і соціальну істоту. Завдяки цьому, як наслідок,

сформувалось вчення про природний і громадянський стани людини: яким чином один переходить в інший, як вони між собою пов'язані, як на кожному рівні реалізує себе обов'язок тощо. Саме на рівні громадянського стану людина не просто втілює свою соціальність, але реалізує її у державі, в якій наявний широкий спектр різного роду обов'язків, що ґрунтуються на природних і позитивних законах.

Так, найвагоміша асоціація в аспекті розуміння обов'язку в Г. Гроція пов'язана з тим, що останній покликаний втілювати у собі справедливість у суспільстві. Дотримання і добросовісне виконання обов'язків свідчить про високу свідомість людини, яка дала згоду вийти зі стану природного й вступити в стан громадянський. Взяти на себе зобов'язання означає реалізувати вимоги соціальності, здійснити надані обіцянки, відшкодувати спричинену шкоду тощо. Усе це демонструє впорядкованість життя індивіда, його гармонування з соціумом і верховною владою, якій він добровільно вирішив підкорятися.

Разом з тим, позиція Б. Спінози стосовно трактування обов'язків є схожою до концепції Т. Гоббса – як у сенсі того, що вони слугують запорукою збереження й нормального функціонування держави, так і щодо сприйняття абсолютної необхідності підкорюватися верховній владі, її законам. При цьому, обумовлюючи зв'язок обов'язку із законом, останній в його абсолютному сенсі являє собою те, що змушує кожного індивіда діяти певним відомим і визначеним чином. У більш вузькому ж сенсі – це спосіб життя, що приписується людиною собі чи іншим для певної цілі. Виконання обов'язків, на думку філософа, – це вимога розуму, яка зумовлює потребу підкорити власні бажання на користь колективного цілого. Водночас індивід, який виконує покладені на нього обов'язки, діє, перш за все, керуючись інтересами власної безпеки.

*Ключові слова:* обов'язок, природне право, природний стан, громадянський стан.

## Summary

**Popovych T. P. Understanding of the obligation in natural law concepts of H. Grotius and B. Spinoza. – Article.**

The article is devoted to the analysis of the problem of obligations in the light of the views of the Dutch thinkers H. Grotius and B. Spinoza. The author emphasizes that the significance and, at the same time, the interest of the interpretation of obligation in the context of the classical natural law school is connected with the fact that here philosophers tried to comprehensively present a person as a natural and social being. Thanks to this, as a result, the doctrine of the natural and civil states was formed: how one transitions into another, how they are interconnected, how obligation is realized at each level, etc. A person not only embodies his sociality at the level of civil states, but realizes it in the state, which has a wide range of various obligations based on natural and positive laws.

Thus, the most significant association in terms of the understanding of obligation according to the teaching of H. Grotius is related to the fact that the obligation is called to embody justice in society. Observance and conscientious performance of obligations testifies to the high consciousness of a person who has given consent to leave the natural state and enter the civil state. To undertake obligations means to implement the demands of sociality, to fulfill the promises, to compensate for the damage caused, etc. All this demonstrates the orderliness of an individual's life, his harmony with society and the supreme authority to which he voluntarily decided to obey.

At the same time, the position of B. Spinoza regarding the interpretation of obligations is similar to the concept of T. Hobbes – both in the sense that they serve as a guarantee of the preservation and normal functioning of the state, and in terms of the perception of the absolute necessity to obey the supreme authority, its laws. Establishing the connection between obligation and law, B. Spinoza believes that the law in its absolute sense is what forces each individual to act in a certain known and determined way. In a narrower sense, it is a way of life attributed by a person to himself or others for a certain purpose. Fulfillment of obligations, according to the philosopher, is a requirement of the mind, which determines the need to subdue one's own desires for the benefit of the collective whole. At the same time, the individual who fulfills the obligations assigned to him acts, first of all, guided by the interests of his own security.

*Key words:* obligation, natural law, natural state, civil state.

УДК 340.12

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.9>

О. Г. Степенюк

## МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВА ЕМАНСИПАЦІЯ РЕЛЯЦІЙНОЇ ТЕХНІКИ: РЕГУЛЯТИВНА І КОНСТИТУТИВНА ІДЕЯ

**Постановка проблеми.** Вітчизняна теорія і філософія права можуть зробити більший внесок в посилення потенціалу юридичної методології, якщо вони будуть діяти спільно і опиратися на досягнення правової компаративістики, яка може запропонувати поле для дослідження, що краще чи гірше відоме українським юристам. До останнього належить феномен, який характерний тільки для однієї країни, – для Німеччини [1, с. 165], – а саме експертний стиль опрацювання правової справи (далі: експертний стиль), який – з другої половини XIX століття [2; 1, с. 174] – є результатом матеріально-правової емансипації реляційної техніки як такої [3], тобто відомої вже приблизно 500 років [3, с. 1157] методики підготовки реляції [4] (далі: реляційна техніка): реляція – це документ, який в часи існування письмового судового процесу готував суддя-доповідач у разі колегіального розгляду справи, сьогодні – це постуніверситетський документ, який мають готувати юристи-стажисти під час проходження стажування у суді. Питання про те, що собою являє матеріально-правова емансипація реляційної техніки під кутом визначення регулятивної і конститутивної (в термінології І. Канта) ідеї права, становить *актуальну тему* для дослідження.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Стан дослідження цієї проблеми в Україні характеризується тільки першими кроками, які здійснені такими авторами, як: Р.А. Майданик [5], В.В. Трутень [6], А.Г. Павлюк (відведення) та ін. Інша ситуація складається в Німеччині, тобто в країні походження і існування експертного стилю, де він активно розробляється в останні приблизно півтора століття і де існує численна література про експертний стиль, а також ще численніша література з реляційної техніки.

Так, у першому випадку йдеться про праці таких авторів, як: П. Катко [7], К.-Ф. Штукенберг, Б. Віндшайд, Д. Медікус та ін., а в другому – про твори Г. Даубеншпека [8], В. Шушке [9], Ф. Ранієрі, Л. Гуссека [10], Е. Шнайдера, Х. Фішера та ін. Аналіз такої літератури дозволяє сказати, що експертний стиль і/або реляційна техніка значною мірою, якщо не повністю, ґрунтуються на феномені правил в сенсі Дворкіна/Алексі, тобто на так званих дефінітивних (остаточних) нормах, які належать до виміру чинності права. Водночас принципам в сенсі цих самих авторів, тобто так званим *prima facie* (попереднім) нормам, які належать до виміру ваги права, в експертному стилі і в реляційній техніці приділяється неналежна увага (про розрізнення правил і принципів у Р. Алексі див. [11, с. 36–43]). Все це дозволяє констатувати, що невирішеною проблемою в Україні є питання поєднання експертного стилю (чи відповідної частини реляційної техніки) з розрізненням правил і принципів, тоді як в Німеччині відповідна методика потребує

доповнення тільки в частині аналізу принципів. Тісно поєднаною з цим питанням є проблема форм застосування права в сенсі Р. Алексі (субсумції і зважування) [12] або, інакше кажучи, внутрішнього і зовнішнього виправдання Врублевські/Алексі [13, с. 11–12]. Вдала відповідь на них можлива тоді, якщо розглянути їх в контексті такої регулятивної ідеї права, як його обґрунтовність [14, с. 165–168], тобто як обґрунтовність у підсумку якогось правового рішення. Тоді згадані в цьому абзаці питання будуть елементами конститутивної ідеї права взагалі і матеріально-правової емансипації реляційної техніки, – результатом якої є формування експертного стилю, – зокрема. Такі конститутивна і регулятивна ідея дозволяють створити належні умови для побудови загальної і особливої теорії експертного стилю, які можуть покращити вивчення матеріального права в Україні в усіх галузях права (в конституційному, адміністративному, цивільному та ін. праві).

**Мета статті** – визначити належну нормотворчу і методологічну мету і інструментарій для рецепції, адаптації і розвитку в Україні експертного стилю як результату матеріально-правової емансипації реляційної техніки як такої.

Кроками на шляху до цієї мети є відповіді на питання: а) що докладніше являє собою матеріально-правова емансипація реляційної техніки, б) яка регулятивна ідея найкраще підходить для оптимізації функцій (такої техніки і) експертного стилю, в) яка конститутивна ідея дозволяє ближче підійти до втілення в життя такої регулятивної ідеї.

**Основні результати дослідження.** Що стосується поняття матеріально-правової емансипації реляційної техніки, то для його експлікації потрібно взяти за основу відомий із історії права поділ реляції на складові частини. Так, реляція мала, за Ф. Ранієрі, провідним дослідником історії реляції і реляційної техніки, таку структуру:

«1. *Species facti*. ...

2. *Historia processus*. ...

3. *Extractus actorum*. ...

4. *Votum*. Тут мають на увазі правові експертні висновки щодо порушених сторонами правових питань. Також тут побудова юридичних обговорень дотримується суворих правил.

а) *Substantia actionis*. Тут виразно виявляється акціонноправовий спосіб мислення юристів із загальноправової епохи; характерно запитують насамперед не про норму, застосовну до справи, а про підставу позову, яка може підтримати домагання позивача (*quae sit actio*). ...

б) *An probata*. Тут перевіряється, зокрема, те, чи доведені наведені позивачем факти і, отже, чи обґрунтовані твердження позивача.

в) *An elisa*. Якщо твердження позивача доведені, то необхідно докладно зупинитися на аргументах захисту відповідача і його доказах. Зокрема, тут потрібно перевірити, чи заявляються, незважаючи на успішне доведення з боку позивача, заперечення відповідачем, які розвіюють твердження позивача.

г) *Пропозиція рішення*. Реляція і вотум повинні завершуватися пропозицією референтом щодо вирішення» [3, с. 1158-1159]. Для цілей цієї статті можна узагальнено сказати, що реляція може складатися із історії судового процесу в ш.с.

(пп. 1-3), експертного висновку (вотуму) (п. 4а-с) (далі: експертний висновок (вотум)) і проєкту судового рішення (децизії) (п. 4d) (докладніше про різні структурні типи реляції див. [4]). Нас далі буде цікавити тільки експертний висновок (вотум), оскільки складання проєкту судового рішення може розглядатися поза рамками реляційної техніки, а саме в межах децизійної техніки, результатом емансипації від якої є так званий судовий стиль опрацювання правової справи [15, с. 19] (далі: судовий стиль). Що стосується історії судового процесу, то вона в наші дні хоч і є складовою частиною реляційної техніки, проте нас цікавити далі не буде, оскільки вона не стосується питання про матеріально-правову емансипацію реляційної техніки. Отже, далі в рамках дослідження матеріально-правової емансипації реляційної техніки йтиметься тільки про проблематику складання експертного висновку (вотуму).

Експертний стиль, як видно вже з його назви, цілком концентрується на складанні такого документа, як експертний висновок (далі: власне експертний висновок). Тому відразу виникає питання, як співвідносяться експертний висновок в реляційній техніці і в експертному стилі? Відповідь на це питання є водночас одним із варіантів відповіді на питання про те, що таке матеріально-правова емансипація реляційної техніки. Отже, в чому подібні і чим відрізняються два типи експертного висновку?

Так, експертний висновок (вотум) є набагато складнішим, оскільки він містить розв'язання, поряд з методологічними проблемами, як процесуальних, так і матеріально-правових питань (у формі аналізу обґрунтованості позову [9, с. 119–165] на протигагу аналізу його допустимості та деяких інших питань [9, с. 102–165]), тоді як власне експертний висновок в експертному стилі принципово обмежується матеріально-правовими (і методологічними) питаннями. Експертний висновок (вотум) складається до того ж з використанням процесуальної форми викладу відповідного матеріалу, а власне експертний висновок послуговується тільки матеріально-правовою формою. Це проявляє себе дуже наочно в тому, що у власне експертному висновку відсутня процесуально-правова термінологія [7, с. 272–279], а в експертному висновку (вотумі) вона, навпаки, переважає [9, с. 452–460]. Така формальна відмінність доповнюється субстанціональною і процедуральною, якщо скористатися розрізненням і термінами із теорії юридичної аргументації Р. Алексі, відмінностями.

Так, до процедуральних відмінностей можна віднести те, що експертний висновок (вотум) складається в процесі постуніверситетського стажування в суді (чи інших інституціях), а експертний висновок готується студентами в університеті.

Найбільш цікавою є субстанціональна відмінність, яка полягає в тому, що відношення часткової трансформації реляційної техніки і генезису та еволюції експертного стилю можна показати як відношення відповідно двох латинських формул, а саме: для реляційної техніки – *actio an sit fundata, an sit probata, an sit exceptione elisa* (позов, чи виник, чи доведений, чи є заперечення?), яку знав і Г. Даубеншпек [8, с. 92], автор стандартного посібника з реляційної техніки, і для експертного стилю – *actio an sit fundata, an sit negata, an sit exceptione elisa* (право вимоги, чи виникло, чи абсолютно заперечено, чи відносно заперечено?), яку, як здається, хоч

і можна знайти тільки в посібнику з цивільного права Я. Шаппа [16, с. 51], проте про неї слід сказати, що вона може претендувати на універсальне значення і до того ж появилася пізніше і явно на основі першої формули.

Саме подібності експертного висновку (вотуму) і власне експертного висновку свідчать про відношення емансипації між ними. Так, відмітимо, що експертний стиль починає формуватися тоді, коли для цього настали інституціональні і неінституціональні умови. Так, до перших належить те, що в німецькому ЦК існує легальний поділ на три типи правових основних норм: правообґрунтувальні норми, або правезі (*Anspruch*), а також абсолютні правозаперечні норми, або відведення (*Einwendung*) і відносні правозаперечні норми, або заперечення (у в.с.) (*Einrede*). Саме цей поділ, який може узагальнено стосуватися й інших галузей права, і є тим фактором, що об'єднує сьогодні реляційну техніку і експертний стиль і дозволяє говорити про відношення емансипації, тобто про самостійність експертного стилю, з одного боку, і його генетичний зв'язок з реляційною технікою, з іншого. В наші дні експертний висновок (вотум) і власне експертний висновок, по суті, нічим не відрізняються в тій частині, де йдеться про матеріально-правове обґрунтування правового рішення. Якщо замінити процесуально-правову форму викладу відповідного матеріалу на матеріально-правову форму і скоротити за рахунок чисто процесуально-правового матеріалу, то ми отримаємо із експертного висновку (вотуму) власне експертний висновок. Тому далі нас цікавитиме тільки експертний стиль і власне експертний висновок в світлі того внеску, який такий стиль як результат матеріально-правової емансипації реляційної техніки може зробити в осмислення регулятивної і конститутивної ідеї права. Під ідею права ми будемо розуміти при цьому конкретизацію відношення принципу справедливості і принципу правової певності, відволікаючись від можливих інших складових (доцільність (Г. Радбрух), правовий мир тощо)

Що стосується питання про регулятивну ідею, то за таку ідею нами обрано ідею обґрунтовності права як проблему можливої обґрунтованості правового рішення, що дозволяє показати, як можна здійснити оптимізацію двох функцій (реляційної техніки і) експертного стилю, а саме функцій пошуку і викладу правильного правового рішення.

Регулятивна ідея розуміється нами в сенсі І. Канта, а саме як: «принцип розуму, який, як *правило*, постулює те, що саме нами повинно бути зроблено в регресі, а *не антиципує* те, що саме собою дається в об'єкті до всякого регресу. Тому я його називаю *регулятивним* принципом розуму» [11, с. 35], тобто як певний ідеальний орієнтир або мета, до якого (якої) потрібно постійно наближатися (апроксимативний характер регулятивності). Конститутивна ідея – це не що, як кроки в напрямку цього орієнтира (мети), або, менш образно, певний інструментарій, який потрібно використовувати для оптимального втілення в життя регулятивної ідеї.

Обґрунтовність права не слід плутати із його обґрунтованістю, оскільки відношення між ними аналогічне відношенню між дійсністю і можливістю: так само як можна логічно строго переходити від дійсності, тобто від того, що є, до можливості, тобто до того, що може бути, але не навпаки, так само можна переходити від обґрунтованості до обґрунтовності, але не навпаки. Це дозволяє дослідити



питання про обґрунтованість права (правового рішення) з двох точок зору: інституціональної і неінституціональної. Питання про неінституціональне пояснення обґрунтованості цікаве в чисто філософсько- чи теоретико-правовому аспекті, тому воно прямо не стосується ні реляційної техніки, ні експертного стилю. Власне можливість в рамках цієї техніки чи стилю постійно наближатися до ідеалу правильного обґрунтування правового рішення і може свідчити про інституціональне пояснення регулятивної ідеї права. Отже, слід показати, що реляційна техніка (у відповідній матеріально-правовій частині і/або) експертний стиль здатні надавати правильні правові рішення.

При цьому саме тут ми натрапляємо на проблему, що правильне правове рішення потрібно і шукати, і викладати. Тому виникає питання, чи здатний експертний стиль як частковий репрезентант реляційної техніки вирішити ці проблеми взагалі, чи він обмежується тільки однією із них? Експертний стиль являє собою фіксовану схему викладу відповідного нормативного (і фактичного) матеріалу, який (виклад) розпочинається із припущення про бажаний правовий наслідок, після цього аналізується застосування згаданих вище основних правових норм, разом з допоміжними нормами, в послідовності фундація, негація, ексцепція, тобто за формулою із підручника Я. Шаппа, і завершується чіткою відповіддю на питання про те, чи вдалим було згадане припущення, наприклад, такою, що кредитор (не тільки міг би мати, але й) має або не має до боржника право вимоги щодо сплати штрафу на підставі відповідної статті ЦК України чи Німеччини. Отже, експертний стиль (і реляційна техніка) може (можуть) виконувати функцію викладу правового рішення, тобто функцію демонстрації правильного (обґрунтованого) правового рішення. Що стосується пошуку такого рішення, то, на наш погляд, ні експертний стиль, ні реляційна техніка таку функцію виконати не можуть, оскільки мислити *тільки* за строго фіксованими правилами не тільки важко, але й, на нашу думку, практично неможливо. Водночас і в такому разі експертний стиль і реляційна техніка можуть мати високе евристичне значення.

Якщо ми приєднаємося до тих авторів (Ю. Габермас, Р. Алексі та ін.), хто позитивно неінституціонально, тобто в цілому і загалом, відповідає на питання про можливість обґрунтування права (правового рішення), на противагу тим авторам, хто заперечує раціональну (когнітивну) можливість обґрунтування, то використання реляційної техніки і експертного стилю якраз і свідчить про те, що не тільки на абстрактному і неінституціалізованому, але й на конкретному і інституціалізованому (в Німеччині і, можливо, колись в Україні) рівні обґрунтованість, а, отже, і обґрунтованість права є тією регулятивною ідеєю, яка має стимулювати бажання скористатися іноземним методологічними надбаннями і в Україні.

Таким чином, реляційна техніка і експертний стиль належним чином виконують тільки функцію викладу, але не функцію пошуку правильного (обґрунтованого, раціонального) правового рішення. Водночас існування регулятивної ідеї, тобто певного орієнтира (мети), може бути стимулом для рецепції, адаптації і розвитку (реляційної техніки і) експертного стилю в Україні, проте ще не говорить про те, як цю ідею можна втілити в життя, а також про те, наскільки ця ідея є сьогодні досяжною в Німеччині, Відповідь на це питання можна отримати в процесі

аналізу конститутивної ідеї права, тобто власне питання про те, як технічно може бути досягнута і викладена реалізація принципу справедливості і принципу правової певності в конкретній справі.

Тож, що стосується питання про конститутивну ідею права у її співвідношенні з відповідною емансипацією від реляційної техніки, то слід зауважити, що відношення принципу справедливості і принципу правової певності аналогічне, по суті, з відношенням ідеального і реального в теорії юридичної аргументації Р. Алексі [17, с. 389–396], яке конкретизується ним двома тісно пов'язаними з ними способами, а саме за допомогою, по-перше, поділу норм на правила і принципи, а, по-друге, з його ж поділом форм застосування права на субсумцію і зважування. На основі цих поділів можна показати як можна оптимально (якнайкраще) реалізувати в експертному стилі регулятивну ідею (ідею обґрунтовності (викладу) правового рішення).

Так, Р. Алексі пише, що базисом його теорії правової системи як системи норм є розрізнення правил і принципів. Правила і принципи розрізняються тим, що принципи є *веліннями оптимізації*, тоді як правила мають характер *дефінітивних велень*. Як веління оптимізації принципи є нормами, які велять, щоб дещо було реалізовано відносно правових і фактичних можливостей якомога вищою мірою. Це означає, що вони можуть бути виконані в різному ступені і що велена міра їхнього виконання залежить не тільки від фактичних, але й від правових можливостей, які визначаються, крім за допомоги правил, істотно за допомоги зворотних принципів. Останнє імплікує те, що принципи є здатними до зважування і (його) потребують. Зважування є характерною для принципів формою правозастосування. Всупереч цьому правила є нормами, які завжди тільки або можуть бути виконані, або не виконані. Якщо правило чинне і застосовне, то тоді велено робити точно те, що воно вимагає, не більше і не менше. Правила містять в цьому сенсі запровадження у просторі фактично і юридично можливого. Вони не є ні здатними до зважування, ні такими, що його потребують. Характерною для них формою правозастосування є субсумція [11, с. 39–40].

Аналіз стандартної чи гідної уваги літератури з реляційної техніки (Г. Даубеншпек, В. Шушке та ін.) або експертного стилю (П. Катко та ін.) дозволяє стверджувати, що ця техніка і цей стиль орієнтуються переважно, якщо не винятково, на аналіз правил і субсумцію в сенсі Р. Алексі. Водночас увага принципам і зважуванню в них практично не приділяється. Тому найпершою проблемою, яку потрібно розв'язати в процесі рецепції, адаптації і розвитку експертного стилю і реляційної техніки в Україні, є питання про включення (інклюзію) до них принципів і зважування, що можливо тільки тоді, коли філософія права і теорія права разом належним чином підійдуть до аналізу правил і принципів, субсумції і зважування в сенсі Р. Алексі.

**Висновки.** Можна стверджувати, що експліковані вище положення готують належне підґрунтя для рецепції, адаптації і розвитку в Україні експертного стилю як результату матеріально-правової емансипації реляційної техніки. Так, зокрема, це твердження ґрунтується на таких висновках:

1. Експертний стиль справді є результатом матеріально-правової емансипації реляційної техніки, тобто, з одного боку, він розвивається самостійно і паралельно до реляційної техніки, а, з іншого, існує генетичний зв'язок між експертним стилем і реляційною технікою. Перше підтверджується, зокрема, використанням

і там, і там поділу основних норм на три типи та однією й тією самою послідовністю їхнього застосування, а саме: правообґрунтовальні норми, абсолютні заперечення, відносні заперечення; а друге тим, що експертний стиль – це не що, як абстрагована частина такої стадії складання реляції, як аналіз обґрунтованості позовної вимоги.

2. Обґрунтовність права (правового рішення) як його регулятивна ідея може бути підтверджена на інституціональному рівні (в Німеччині і, можливо, в Україні) тим, що якраз існують такі феномени як реляційна техніка і експертний стиль, оскільки їхня сутність якраз і полягає в тому, щоб принаймні викладу правильного правового рішення надати належну форму, тобто належно обґрунтувати таке рішення.

3. Поділ норм на правила і принципи, а також форм застосування права на субсумцію і зважування в сенсі Р. Алексі дозволяє виявити слабке місце сучасного стану в розвитку експертного стилю, а саме недостатню увагу до застосування принципів у формі зважування.

4. Подальшим напрямком дослідження якраз і може стати докладний розгляд питання, як можуть принципи і зважування бути застосовувані в рамках реляційної техніки і експертного стилю. Крім того, варто звернути увагу на відношення експертного стилю і судового стилю.

### Література

1. Stuckenberg C.-F. Der juristische Gutachtenstil als cartesische Methode. Georg Freund et. al. (Hrsg.): *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. FS für W. Frisch*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013. S. 165–186.

2. Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf : Buddeus, 1856. IV, 238 s.

3. Ranieri F. Relationstechnik. Ueding G. *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Bd. 7: Pos-Rhet. Tübingen : Max Niemeyer, 2005. S. 1157–1161.

4. Schneider E. Ein Schema zum Aufbau der Relation. *JuristenZeitung*, 19. Jahrg., Nr. 23/24 (11. Dezember 1964), S. 755–758.

5. Майданик Р. А. Методика вирішення юридичного казусу в приватному праві Німеччини та України. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2014. Т. 155. С. 52–58.

6. Трутьєв В. В. Експертний стиль опрацювання цивільної справи: німецький приклад та його пояснення. *Науковий вісник Чернівецького університету : Зб. наук. праць*. Вип. 628. Правознавство, 2012. С. 87–89.

7. Katko P. Bürgerliches Recht : schnell erfaßt. 6., überarb. und aktualisierte Aufl. Berlin [u.a.] : Springer, 2006. 323 s.

8. Daubenspeck H. Referat, Votum und Urtheil. Eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdienst. 9., verm. u. verb. Aufl. Berlin : Vahlen, 1905. VI, 316 s.

9. Schuschke W. Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen : Bericht, Votum, Urteil, Aktenvortrag. 35., neu bearb. Aufl. auf Grundlage des 1884 von Hermann Daubenspeck begr. und in der Folge von Paul Sattelmacher, Paul Lüttig, Gerhard Beyer und Wilhelm Sirp bearb. Werkes. München : Vahlen, 2013. XXII, 492 s.

10. Gussek L. Zu Relation und Rationalität richterlichen Entscheidens 125 Jahre Daubenspeck-Sattelmacher: Bericht, Gutachten und Urteil. *Festschrift für Ulrich Spellenberg: Zum 70. Geburtstag*. München, 2010. S. 83–98.

11. Alexy R. Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems. *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*. Stuttgart : Steiner, 1991. S. 30–44.

12. Alexy R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16 (2003). S. 433–449.

13. Alexy R. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. Alexy R. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 2003. S. 9–35.

14. Alexy R. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991. 435 s.
15. Fenger H. *Zivilprozeßrecht: Schnell erfasst*. Berlin [u.a.] : Springer, 2001. 197 S.
16. Шап Я. Система германского гражданского права : учебник. Москва : Междунар. отношения, 2006. 360 с.
17. Alexy R. Die Doppelnatur des Rechts. *Der Staat*. 2011. Bd. 50. № 3. S. 389–404.

### Анотація

**Степенюк О. Г. Матеріально-правова емансипація реляційної техніки: регулятивна і конститутивна ідея.** – Стаття.

У статті йдеться про експертний стиль опрацювання правової справи (ЕС) як результат матеріально-правової емансипації реляційної техніки як такої (РТ), тобто відомого більш ніж 500 років мистецтва складання реляції (колись документа, який готував суддя-доповідач при колегіальному розгляді судової справи вищим судом в Німеччині (Франції чи Італії) під час існування письмового судового процесу), аналіз якої (емансипації) здійснений під кутом регулятивної і конститутивної ідеї в сенсі І. Канта.

Мета статті – визначити належну нормотеоретичну і методологічну мету і інструментарій для рецепції, адаптації і розвитку в Україні експертного стилю як результату матеріально-правової емансипації реляційної техніки як такої.

Кроками на шляху до цієї мети є відповіді на питання: а) що докладніше являє собою матеріально-правова емансипація РТ, б) яка регулятивна ідея найкраще підходить для оптимізації функцій (такої техніки і) ЕС, в) яка конститутивна ідея дозволяє ближче підійти до втілення в життя такої регулятивної ідеї.

Що стосується першого питання, то матеріально-правова емансипація РТ експлікується через її результат, тобто за допомогою ЕС. Показано, що РТ і ЕС відрізняються передусім тим, що РТ має комплексний (процесуально-правовий і матеріально-правовий, а також методологічний) характер, а ЕС – тільки матеріально-правовий (і методологічний) характер, причому РТ використовує процесуальну форму викладу відповідного матеріалу, а ЕС – матеріально-правову. Відношення часткової трансформації РТ і генезису та еволюції ЕС показано як відношення відповідно двох латинських формул, а саме: *actio an sit fundata*, *an sit probata*, *an sit exsertione elisa* (позов, чи виник, чи доведений, чи є заперечення?), яку знав і Г. Даубеншпек, автор стандартного посібника з РТ, і *actio an sit fundata*, *an sit negata*, *an sit exsertione elisa* (право вимоги, чи виникло, чи абсолютно заперечено, чи відносно заперечено?), яка появилася пізніше і явно на основі першої формули.

Що стосується другого питання, то за регулятивну ідею обрано ідею обґрунтовності права або (можливості обґрунтування) правового рішення і показано, як можна здійснити оптимізацію двох функцій (РТ і) ЕС, а саме функцій пошуку і викладу правильного правового рішення. Показано, що (РТ і) ЕС належним чином виконують тільки останню функцію, а перша функція має лише евристичний характер.

Що стосується третього питання, то конститутивними ідеями у статті вважаються, по-перше, поділ норм на правила і принципи в сенсі Р. Алексі, а також його ж поділ форм застосування права на субсумцію і зважування. Відзначено, як ці два тісно поєднані поділи допомагають оптимально (якнайкраще) реалізувати в ЕС регулятивну ідею (ідею обґрунтовності (викладу) правового рішення).

Загалом стверджується, що експліковані вище положення готують належне підґрунтя для рецепції, адаптації і розвитку в Україні ЕС як результату матеріально-правової емансипації РТ.

**Ключові слова:** експертний стиль, правила і принципи, субсумція і зважування, юридична методологія, філософія права.

### Summary

**Stepeniuk O. G. Substantive-Legal Emancipation of Relational Technology: Regulatory and Constitutive Ideas.** – Article.

The article under studies deals with the issue of the expert style of processing a legal case (ES), which arises as the result of the substantive-legal emancipation of relational technology (RT). The latter term has been known for more than 500 years and may be referred to as the art of drawing up a relation (once a document compiled by a judge-rapporteur during the collegial consideration of a court case by a higher court in Germany, France or Italy at the times of a written trial). The analysis of the substantive-legal emancipation has been carried out in terms of I. Kant's regulatory and constitutive ideas.

The purpose of the article is to determine the proper normative-theoretical objectives and tools for reception, adaptation, and development in Ukraine of the expert style as a result of the substantive-legal

emancipation of relational technology as such.

In order to achieve the above goal, it is important to give answers to the following questions: a) what is exactly the substantive-legal emancipation of RT? b) which regulatory idea better suits the optimization of the ES functions? c) which constitutive idea allows to come closer to the implementation of such a regulatory idea?

With regard to the first question, it is essential to point out that the substantive-legal emancipation of RT is explicated through its results, i.e. by means of ES. The article indicates that RT and ES differ primarily in the fact that RT is of comprehensive (procedural-legal, substantive-legal, and methodological) nature, whereas ES is only of substantive-legal (and, perhaps methodological) nature. At the same time, RT applies the procedural form of presentation of the respective material, while ES – the substantive-legal one. The correlation between the partial transformation of RT on the one hand, and the genesis and evolution of ES, on the other hand, has been presented as the correlation between the two Latin formulas, namely: *actio an sit fundata, an sit probata, an sit exceptione elisa* (claim, has it arisen, has it been proved, is there an objection?) and *actio an sit fundata, an sit negata, an sit exceptione elisa* (the right of claim, has it arisen, is it absolutely rejected, or is it relatively rejected?). The former formula was familiar to H. Daubenspeck, the author of the standard manual on RT, whereas the latter appeared much later and apparently relied on the former formula.

As to the second question, the article under discussion regards the concept of validity (the possibility of justification) law or of a legal decision as the regulatory idea of the substantive-legal emancipation of RT. It also shows how to optimize two functions of RT and ES, namely the functions of search and presentation of the correct legal decision. RT and ES properly perform only the latter function, while the first function is only of a heuristic character.

When it comes to the third question, it is important to emphasize that R. Alexy's division of norms into rules and principles, as well as his division of forms of application of law into subsumption and weighing are considered as the basic constitutive idea of the substantive-legal emancipation of RT. It has been shown in the article how these two closely related to one another divisions help implement in the best possible way the regulatory idea (the idea of validity of a legal decision).

In conclusion, the article claims that the above explicated provisions lay proper foundation for reception, adaptation, and development in Ukraine of the expert style as the substantive-legal emancipation of relational technology.

*Key words:* expert style, rules and principles, subsumption and weighing, juridical methodology, philosophy of law.

УДК 343.102:351.746.2(477)

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.10>*О. Г. Стрельченко, І. Л. Булик, О. А. Бухтіяров, І. Г. Бухтіярова*

## ХАРАКТЕРИСТИКА МЕХАНІЗМУ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПІДРОЗДІЛІВ ДІЗНАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** Державні органи та посадові особи, які здійснюють дізнання, зобов'язані забезпечити реалізацію законних прав та інтересів осіб, які залучаються до провадження дізнання. У сучасному законодавстві передбачений чіткий порядок таких дій. Натомість механізм нормативно-правового регулювання потребує більш детального визначення. Постає потреба щодо визначення основних тенденцій та закономірностей суб'єктів дізнання.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, В. Авер'янова, О. Близнюк, О. Виговського, В. Клименка, О. Кузьменко, С. Румянцева, І. Пастуха, Г. Терещенка, М. Романова, С. Стеценка.

Однак, незважаючи на вагомий обсяг наукових досліджень, окремі аспекти діяльності підрозділів дізнання та механізми нормативно-правового регулювання їх діяльності потребують нових напрацювань. На нашу думку, вітчизняні вчені та дослідники недостатньо уваги приділяли саме механізму нормативно-правового регулювання їх діяльності

**Формулювання мети статті.** Метою статті є проведення ґрунтованого аналізу нормативно-правового регулювання діяльності підрозділів дізнання Національної поліції України.

**Виклад основного матеріалу.** З метою дослідження механізму нормативно-правового регулювання діяльності підрозділів дізнання національної поліції України необхідно дослідити увесь спектр законодавчих актів, що забезпечують їх діяльність. Необхідно відзначити те, що усі нормативно-правові акти, які забезпечують нормативно-правове регулювання діяльності підрозділів дізнання національної поліції України доцільно згрупувати у відповідні групи: загально-нормативні акти; характерологічні акти. До загально-нормативних актів, які врегульовують діяльність підрозділів дізнання національної поліції України необхідно віднести Конституцію України, Закон України «Про Національну поліцію», Постанови Пленуму Верховного суду України тощо. До характерологічних актів, які забезпечують регулювання діяльності підрозділів дізнання національної поліції України слід віднести: Кримінальний кодекс України; Кримінальний процесуальний кодекс України, Про дисциплінарний статут НП; Накази Міністерства внутрішніх справ України, зокрема Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України тощо.

Усі ці акти завжди працюють у поєднанні норм та є основними засадами діяльності будь-якого суб'єкта публічного адміністрування у різних сферах суспільного

життя. Безпосередньо Конституція України як Основний закон держави формулює загальний перелік прав, свобод й обов'язків, а також визначає межі втручання та засади діяльності органів правопорядку в суттєвих для суспільного буття сферах.

З метою ґрунтовної характеристики загально-правових актів, які врегульовують діяльності підрозділів дізнання національної поліції України слід звернутися до Конституції України.

С. Стеценко, досліджуючи роль Конституції України в організації діяльності органів виконавчої влади й зауважує, що Основний Закон будь-якої держави містить положення «виключного» характеру, що має особливу вагу в системі законодавства, є стабілізаційним фактором існування та розвитку держави й суспільства. Конституція як вихідний нормативно-правовий акт є каркасом законодавства, її положення визначають ключові напрями побудови держави та регулювання відповідних суспільних відносин [1].

Роль і місце Конституції України в правовому регулюванні діяльності підрозділів дізнання Національної поліції України є визначальною, оскільки цей орган забезпечує діяльність із захисту прав і свобод людини й громадянина, зокрема обмежуючи тимчасово права й свободи інших осіб, що має бути чітко окреслено межами. Наприклад, у ст. 29 визначено, що кожна людина має право на свободу й особисту недоторканість, ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду й тільки на підставах і в порядку, встановлених законом. Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права й надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правничою допомогою захисника [2].

Нормативно-правове регулювання діяльності підрозділів дізнання національної поліції України включає в себе такі акти як Конституція України, Рішення всеукраїнського референдуму, акти Пленуму Верховного Суду України, Кодифіковані акти, Закони України, підзаконні нормативно-правові акти вищих органів державної влади (постанови Верховної Ради України, укази Президента України; постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України); накази міністерств й інших центральних органів виконавчої влади; рішення місцевого референдуму, рішення місцевих рад та їх виконавчих органів, розпорядження сільських, селищних, міських голів, голів районних у містах, обласних рад нормативно-правового змісту; інші локальні нормативно-правові акти. Оскільки лише деякі з цих позицій стосуються діяльності підрозділів дізнання НП України, ми пропонуємо дослідити вплив на діяльність і безпосередньо нормативно-правове регулювання відповідного підрозділу безпосередньо: Конституцією України, КПК України, законами України «Про Національну поліцію», «Про дисциплінарний статут НП», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», а також Положенням про організацію діяльності підрозділів дізнання органів НП України (затвердженим наказом МВС України) й інших відомчих наказів МВС України та НП України. Конституція України визначає вихідні та базові положення дотримання прав і свобод людини й громадянина, основи національного трудового законодавства,

обмеження щодо діяльності органів охорони правопорядку в частині обмеження прав і свобод людини й громадянина в кримінальному провадженні [2; 3, с. 45].

Потрібно відзначити, що саме право на свободу та особисту недоторканність перебуває під значною загрозою у процесі переслідування осіб за вчинення кримінальних проступків та у процесі здійснення процедури органами дізнання. Відповідно, нормативно-правове регулювання має формулювати відповідні процесуальні межі щодо втручання органів правопорядку.

Так само тісно переплетені з організацією діяльності підрозділів дізнання та їх кримінальною процесуальною діяльністю і положення ст. 30 Основного Закону, яка регламентує, що кожному гарантовано недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше, як за вмотивованим рішенням суду [2; 3, с. 45].

Крім кримінальних процесуальних засад діяльності, зокрема підрозділів дізнання НП України в системі національних органів правопорядку, слід зауважити, що конституційні норми також встановлюють засади взаємодії, у нашому випадку – між уповноваженими на затримання особами та судом. Також слід зосередити увагу на положенні ст. 62 Конституції України, у якій закріплено, що особу вважають невинуватою у вчиненні злочину, її не може бути піддано кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку та встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях [2; 3, с. 46]. Слід зауважити, що в контексті цієї статті поняття «злочину» застосовують як «кримінальне правопорушення», що охоплює також і термін «кримінальний проступок». Крім того, один із ключових обов'язків – доказування – безпосередньо покладено на працівників підрозділів дізнання під час досудового розслідування кримінальних проступків. Ці та інші статті Конституції України визначають основоположні засади діяльності підрозділів дізнання, загальнонаціональні правові принципи функціонування органів правопорядку загалом та їх підрозділів. Інтерпретуючи це в контексті діяльності підрозділів дізнання НП України, слід акцентувати, що стійка та зрозуміла система законодавства, побудована на принципах системності та правової визначеності, з чіткими межами та встановленими правовими статутами суб'єктів суспільного життя є запорукою ефективного забезпечення прав і свобод людини й громадянина [3, с. 46].

Кримінальний процесуальний кодекс України частково висвітлює організаційно-правові засади діяльності підрозділів дізнання НП України, 70 регламентує переважну більшість процедур у кримінальному процесі, що є основним видом діяльності працівників відповідних підрозділів. Стаття 38 (Орган досудового розслідування) КПК України визначає основні організаційні засади функціонування підрозділів дізнання, встановлюючи, що органами досудового розслідування є органи, які здійснюють досудове слідство й дізнання. Крім того, ст. 391 «Керівник органу досудового розслідування» цього Кодексу частково врегульовує правовий статус керівника органу дізнання, закріплюючи повноваження, серед яких найвагомішими, на нашу думку, є такі: визначати й відсторонювати (в установ-



леному порядку) дізнавача, який здійснює дізнання; ознайомлюватися з матеріалами дізнання, давати дізнавачу письмові вказівки; уживати заходів для усунення порушень вимог законодавства в разі їх допущення дізнавачем [4]. Визначені загальні засади надають можливість розслідувати кримінальні проступки не лише керівником, а й забезпечення розслідування його підлеглими, а також забезпечувати за ним відповідний контроль. Усе це віддзеркалюється на безпосередній якості та швидкості діяльності підрозділів дізнання національної поліції України та забезпечує ефективну реалізацію усіма працівниками підрозділу покладених на них повноважень.

Водночас ст. 401 «Дізнавач» КПК України детально встановлює засади діяльності дізнавачів й осіб, уповноважених на здійснення дізнання, а саме регламентує повноваження, обов'язок і гарантію здійснення процесуальної діяльності [4]. Серед визначених повноважень насамперед слід виокремити можливість надання доручень дізнавачем у межах здійснення досудового розслідування підрозділам поліції. Крім того, окремим питанням, на нашу думку, слід розглянути правовий статус дізнавача в кримінальному процесі, оскільки саме його роль і місце позначається на ефективності досудового розслідування та можливості досягти результатів. Регламентовані КПК України повноваження дізнавача утворюють систему його діяльності в межах кожного кримінального провадження. Це дає змогу дізнавачу в досудовому розслідуванні організувати відповідний процес так, щоб було дотримано всі поставлені перед ним завдання, зокрема найважливіші – права, свободи й законні інтереси всіх учасників такого досудового розслідування [3, с. 48].

Потрібно відзначити те, що Законом України «Про Національну поліцію» встановлено переважно повноваження щодо діяльності дізнавачів загального характеру, а також сформульовано їх права та обов'язки.

Ключовим у нормативно-правовому регулюванні функціонування підрозділів дізнання не лише НП України, а й інших органів правопорядку є прийняття Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» [5], що і є основною організаційно-правовою підставою здійснення досудового розслідування кримінальних проступків дізнавачами, зокрема підрозділів дізнання НП України. Відповідний нормативно-правовий акт забезпечив насамперед визначення поняття «кримінальне правопорушення», що охоплює також і поняття кримінального проступку. [3, с. 123].

Необхідно також звернути увагу, під час розгляду нормативно-правового регулювання підрозділів дізнання на Наказ МВС, яким затверджено «Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України», який визначає основні засади діяльності підрозділів дізнання, які містять у собі основні засади та принципи, а також механізми й порядки взаємодії в системі підрозділів дізнання. Цей нормативно-правовий акт висвітлює організаційно-правові засади функціонування підрозділів дізнання; визначає, які саме структурні підрозділи є підрозділами дізнання; деталізує правові підстави їх діяльності [6]. Основоположними повноваженнями підрозділів органів дізнання необхідно визначити такі як: розроблення проектів організаційно-розпорядчих

документів з питань, що забезпечуватимуть сферу діяльності підрозділів дізнання, здійснення моніторингу організації роботи підрозділів дізнання, надання допомоги й перевірка роботи підрозділів дізнання, вивчення передового досвіду розслідування кримінальних проступків, вивчення результатів роботи підрозділів дізнання.

**Висновок.** У представленій статті здійснено коротку характеристику нормативно-правового регулювання підрозділів дізнання, в результаті чого сформульовано основні тенденції та закономірності їх процесуальної діяльності, а також їх діяльності включаючи поліцейські аспекти. Основними актами, які регулюють їх діяльність є Конституція України, Закон України «Про національну поліцію», КПК України, Наказ Міністерства внутрішніх справ, яким затверджено Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України. На наш погляд, норми Наказу Міністерства внутрішніх справ, яким затверджено Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України потребують доповнення в частині функціонування інституту дізнання за допомогою чіткого врегулювання основних засад, принципів, форм та методів їх діяльності та планування, а також сформулюють сутність адміністрування досудового розслідування. Усі запропоновані аспекти будуть нами дослідженні у подальших наукових дослідженнях.

### Література

1. Стеценко С. Г. Виконавча влада та роль Конституції України в організації її діяльності. *Юридична наука і практика*. 2011. № 2. С. 67–72. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/njj\\_2011\\_2\\_11](http://nbuv.gov.ua/UJRN/njj_2011_2_11)
2. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96- ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text>
3. Романов М.Ю. Організаційно-правові засади забезпечення функціонування підрозділів дізнання національної поліції України : дис. на здобуття наук. ступеня доктора філософії. Київ, 2022. 264 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show>
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 22 листопада 2018 р. № 2617-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 17. Ст. 71. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19>
6. Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 20.05.2020 № 405. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0491>

### Анотація

**Стрельченко О. Г., Булик І. Л., Бухтіяров О. А., Бухтіярова І. Г.** Характеристика механізму нормативно-правового регулювання діяльності підрозділів дізнання Національної поліції України. – Стаття.

У представленій статті здійснено коротку характеристику нормативно-правового регулювання підрозділів дізнання, в результаті чого сформульовано основні тенденції та закономірності їх процесуальної діяльності, а також їх діяльності включаючи поліцейські аспекти. Основними актами, які регулюють їх діяльність є Конституція України, Закон України «Про національну поліцію», КПК України, Наказ Міністерства внутрішніх справ, яким затверджено Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України. Так, Закон України «Про Національну поліцію», що визначає основоположні повноваження органів досудового розслідування в системі НП України. Разом з тим, Наказ Міністерства внутрішніх справ, яким затверджено Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України формулює організацій-

но-процесуальні аспекти діяльності підрозділів дізнання НП України. На наш погляд, норми Наказу Міністерства внутрішніх справ, яким затверджено Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України потребують доповнення в частині функціонування інституту дізнання за допомогою чіткого врегулювання основних засад, принципів, форм та методів їх діяльності та планування, а також сформулюють сутність адміністрування досудового розслідування. Усі нормативно-правові акти, які забезпечують нормативно-правове регулювання діяльності підрозділів дізнання національної поліції України доцільно згрупувати у відповідні групи: загально-нормативні акти; характерологічні акти. До загально-нормативних актів, які врегульовують діяльності підрозділів дізнання національної поліції України необхідно віднести Конституцію України, Закон України «Про Національну поліцію», Постанови Пленуму Верховного суду України тощо. До характерологічних актів, які забезпечують регулювання діяльності підрозділів дізнання національної поліції України слід віднести: Кримінальний кодекс України; Кримінальний процесуальний кодекс України, Про дисциплінарний статут НП; Накази Міністерства внутрішніх справ України, зокрема Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України тощо.

*Ключові слова:* підрозділи дізнання, механізм нормативно-правового регулювання, нормативно-правовий акт.

### Summary

*Strelchenko O. H., Bulyk I. L., Bukhtiyarov O. A., Bukhtiyarova I. H. Characterization of the mechanism of normative and legal regulation of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine. – Article.*

In the presented article, a brief description of the regulatory and legal regulation of investigation units was carried out, as a result of which the main trends and regularities of their procedural activity, as well as their activity, including police aspects, were formulated. The main acts that regulate their activities are the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine «On the National Police», the Code of Criminal Procedure of Ukraine, the Order of the Ministry of Internal Affairs, which approved the Regulation on the organization of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine. Thus, the Law of Ukraine «On the National Police», which defines the basic powers of pre-trial investigation bodies in the system of the National Police of Ukraine. At the same time, the Order of the Ministry of Internal Affairs, which approved the Regulation on the organization of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine, formulates the organizational and procedural aspects of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine. In our opinion, the norms of the Order of the Ministry of Internal Affairs, which approved the Regulation on the organization of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine, need to be supplemented in terms of the functioning of the investigation institute with the help of a clear regulation of the basic principles, principles, forms and methods of their activity and planning, as well as formulate the essence administration of pre-trial investigation. It is advisable to group all normative-legal acts that provide normative-legal regulation of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine into appropriate groups: general normative acts; characterological acts.

*Key words:* subdivisions of inquiry, mechanism of normative and legal regulation, normative and legal act.

УДК 343.13:616.89

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.11>

О. І. Тищенко

## ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА УЧАСТЮ ОСІБ, ЯКІ СТРАЖДАЮТЬ НА ПСИХІЧНІ РОЗЛАДИ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

**Постановка проблеми.** Зарубіжний досвід приваблює дослідників тим, що погляд на нього «зі сторони» національної правової системи дозволяє виокремити спільні і відмінні риси, після оцінки яких можна визначити перспективні шляхи удосконалення обох правових механізмів. Власне, у цьому і полягає цінність компаративного дослідження, тому результати останнього неодноразово знаходили закріплення у працях вітчизняних та зарубіжних вчених. Порівняльно-правовий метод поширено застосовується у працях вчених з кримінального права [наприклад, див.: 1; 2, с. 53–73; 3, с. 25–31; 4, с. 11–12; 5, с. 10], втім роботи процесуалістів поступаються як глибиною, так і різноплановістю компаративного дослідження [наприклад, див.: 6, с. 91; 7, с. 13–14]. З урахуванням тенденцій у правовій науці проведення компаративного дослідження у кримінальному процесуальному розрізі не втрачає своєї актуальності. Так, звернення до процесуальних механізмів Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Республіки Молодова, Російської Федерації, Латвійської Республіки, Естонської Республіки зумовлене, з *одного боку*, мовною доступністю первинних джерел (нормативно-правових актів), що значно полегшує проведення ґрунтовного дослідження, з *іншого боку*, близькістю правових систем держав пострадянського простору, спорідненістю процесуальних інститутів та, як наслідок, перспективністю перейняття зарубіжних здобутків. Крім того, посилити дослідницьку цінність можна шляхом звернення до досвіду держав, не пов'язаних із розвитком радянської системи (Федеративна Республіка Німеччина, Словенія, Канада).

**Метою статті** є визначення особливостей суб'єктного складу кримінальних проваджень за участю осіб, які страждають на психічні розлади, на підставі аналізу кримінального процесуального законодавства вищенаведених зарубіжних країн.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** У білоруському кримінальному процесі можна знайти визначення особи, що вчинила суспільно небезпечне діяння: це особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене кримінальним законом, в стані неосудності або захворіла після вчинення злочину психічним розладом (захворюванням) (п. 13 ст. 6 КПК Республіки Білорусь) [8], втім особливості її процесуального статусу та ступінь самостійності реалізації процесуальних прав окремо не обумовлюються. Окрім того, КПК Білорусі прямо закріплює правило про обов'язкову участь захисника особи лише у судовому провадженні щодо застосування примусових заходів безпеки і лікування (ст. 445, ч. 3 ст. 450 КПК Білорусі). Разом з тим, обов'язкова участь захисника передбачена щодо підозрюваного чи обвинуваченого, які в силу психічних вад не можуть самостійно реалізувати право

на захист (п. 4 ч. 1 ст. 45 КПК Білорусі), з чого випливає можливість застосування цього правила і в досудовому провадженні відповідної категорії справ. Окрему увагу варто приділити законним представникам осіб, щодо яких здійснюється досліджуване провадження. Разом із наданням визначення поняття законний представник<sup>1</sup> (п. 8 ст. 6 КПК Білорусі), білоруський нормотворець закріпив розширений перелік процесуальних прав і обов'язків, уніфікованих для законних представників підозрюваного, обвинуваченого, особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, потерпілого, цивільного позивача, детально визначивши коло осіб, які можуть (ч. 1-3 ст. 56 КПК Білорусі) та не можуть бути такими (ч. 4 ст. 56 КПК Білорусі).

Російський нормотворець наділяє особу, щодо якої здійснюється провадження із застосування примусових заходів медичного характеру, комплексом прав підозрюваного та обвинуваченого, самостійна реалізація яких пов'язується із наявністю такої можливості відповідно до психічного стану особи, встановленого з урахуванням висновку експерта чи медичного висновку (ч. 1 ст. 437 КПК Російської Федерації) [9]. Разом з тим, окремими процесуальними гарантіями є: а) обов'язкова участь законного представника, який призначається на підставі рішення слідчого чи суду з числа близьких родичів (за відсутності таких законним представником визнається орган опіки і піклування) (ч. 1 ст. 437 КПК РФ); б) визначення комплексу прав, якими наділяється законний представник, окремою нормою (ч. 2 ст. 437 КПК РФ), а повідомлення про них фіксується у протоколі (ч. 3 ст. 437 КПК РФ); в) участь захисника особи, яка стає обов'язковою з моменту винесення постанови про призначення щодо особи судово-психіатричної експертизи, якщо захисник раніше не брав участі в цій кримінальній справі (ст. 438 КПК РФ).

Процесуальне законодавство Республіки Казахстан містить низку цікавих з компаративної точки зору положень, до яких у розрізі висвітлюваного аспекту варто віднести наступні: а) особа, щодо якої здійснюється провадження із застосування примусових заходів медичного характеру, володіє комплексом процесуальних прав, перелічених у ст. 515 КПК Казахстану, за умови, що згідно з висновком судово-психіатричної експертизи цьому не перешкоджає характер і ступінь тяжкості захворювання особи; роз'яснення прав є окремою процесуальною дією, що супроводжується врученням письмового переліку на досудовому слідстві чи відміткою у протоколі судового засідання під час судового розгляду (ч. 2 ст. 515 КПК Казахстану) [10]; б) участь законного представника (ст. 75 КПК Казахстану), яким може бути не лише близький родич, але і будь-яка особа (ч. 1 ст. 516 КПК Казахстану), визнається обов'язковою лише в суді (ч. 2 ст. 516 КПК Казахстану). Втім щодо досудового розслідування аналогічна вказівка відсутня, але передбачена можливість його залучення до провадження на підставі рішення слідчого чи прокурора. Комплекс процесуальних прав законного представника визначається у нормативно закріпленому переліку (ч. 3 ст. 516 КПК Казахстану), а повідомлення про них фіксується у протоколі (ч. 4 ст. 516 КПК Казахстану); в) участь захисника

<sup>1</sup> Таким визнаються батьки, усиновителі, опікуни, піклувальники підозрюваного, обвинуваченого, особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, потерпілого або цивільного позивача; представники організацій, під опікою яких знаходяться підозрюваний, обвинувачений, особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, потерпілий або цивільний позивач (п. 8 ст. 6 КПК Білорусі).

визнається обов'язковою з моменту встановлення факту неосудності або психічного розладу особи, щодо якої ведеться провадження (ч. 1 ст. 517 КПК Казахстану). Окрім того, імперативно залучення захисника відбувається, якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений чи виправданий в силу психічних недоліків не може самостійно здійснювати своє право на захист (п. 3 ч. 1 ст. 67 КПК Казахстану) або примусово направлений на стаціонарну судово-психіатричну експертизу (п. 6 ч. 1 ст. 67 КПК Казахстану). Показово, що в останніх двох випадках участь захисника визнається обов'язковою з моменту набуття особою відповідного процесуального статусу (ч. 2 ст. 67 КПК Казахстану).

У процесуальному законодавстві Республіки Молдова закріплено наступні особливості суб'єктного складу кримінального провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру: а) особа, щодо якої таке провадження здійснюється, *з одного боку*, користується правами обвинуваченого, якщо характер і ступінь захворювання не перешкоджає цьому (ч. 1 ст. 492 КПК Молдови) [11], про що здійснюється письмове повідомлення із відміткою у протоколі (ч. 2 ст. 492 КПК Молдови), *з іншого боку*, може бути визнана недієздатною у порядку кримінального судочинства за умови, що внаслідок тимчасового психічного захворювання або недоумства не здатна самостійно реалізовувати свої права і виконувати обов'язки (ч. 3 ст. 75 КПК Молдови), наслідком чого є неможливість особи самостійно користуватися процесуальними правами, реалізація яких здійснюється її законним представником (ч. 1 ст. 76 КПК Молдови); б) цілком логічним правилом варто вважати припис про обов'язкове залучення законного представника (ч. 1 ст. 493 КПК Молдови), процесуальні аспекти участі якого знайшли найбільш детальне нормативне врегулювання серед проаналізованих зарубіжних законодавчих актів. Так, законним представником може бути близький родич (батьки, опікуни чи піклувальники) або інша особа, визначена у постанові органу кримінального переслідування чи в ухвалі судової інстанції (ч. 1 ст. 77, ч. 2 ст. 493 КПК Молдови), окрім того, закон визначає коло осіб, які не можуть здійснювати функцію законного представництва (ч. 4 ст. 77 КПК Молдови). Законний представник наділений комплексом окремо перелічених процесуальних прав та обов'язків (ст. 78 КПК Молдови), крім тих, які є невід'ємними від особи (ч. 3 ст. 78 КПК Молдови) або суперечать інтересам особи (наприклад, право відмовитися від захисника) (ч. 5 ст. 78 КПК Молдови). Показово, що законний представник може тимчасово трансформувати свій процесуальний статус і бути допитаним як свідок (ч. 7 ст. 78 КПК Молдови); в) молдавський процесуальний закон, закріплюючи правило про обов'язкову участь захисника у провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру, визначає моментом, з якого починає діяти це правило, винесення постанови про проведення судової експертизи в стаціонарному психіатричному закладі щодо особи, відносно якої здійснюється провадження (ч. 1 ст. 494 КПК Молдови). Окрім того, захисник імперативно залучається до провадження в одному з трьох випадків: 1) підозрюваному, обвинуваченому, підсудному складно самостійно реалізовувати своє право на захист внаслідок психічних недоліків (п. 2 ч. 1 ст. 69 КПК Молдови); 2) до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, затриманого застосований арешт як запобіжний захід або вони направлені на судово-психіатричну експертизу в умо-

вах стаціонару (п. 7 ч. 1 ст. 69 КПК Молдови); 3) провадження здійснюється відносно особи, нездатної усвідомлювати свої дії або керувати ними, якій інкримінується вчинення суспільно шкідливого діяння, або щодо особи, яка захворіла на душевний розлад після вчинення такого діяння (п. 11 ч. 1 ст. 69 КПК Молдови). У перших двох випадках, відповідно до нормативного визначення, така участь є обов'язковою з моменту повідомлення відповідних осіб зі сторони захисту про рішення органу кримінального переслідування про затримання, застосування запобіжного заходу, пред'явлення обвинувачення, про направлення на судово-психіатричну експертизу в умовах стаціонару (ч. 2 ст. 69 КПК Молдови).

Процесуальним законодавством Латвійської Республіки встановлені такі особливості суб'єктного складу учасників проваджень за участю осіб, які страждають на психічні розлади: а) особа, відносно якої здійснюється провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру, нормативно віднесена до сторони захисту (абз. 2 ч. 1 ст. 60 КПК Латвії) [12], а комплекс належних їй процесуальних правомочностей визначається окремим положенням, відповідно до якого: 1) у разі, якщо встановлений експертом психічний стан дозволяє їй брати участь у кримінальному провадженні, вона користується всіма правами обвинуваченого, окрім можливості відмовитись від захисника і права на виступ у судових дебатах (абз. 1 ст. 75 КПК Латвії); 2) у разі, якщо підтверджений висновком експерта психічний стан особи не дозволяє їй брати участь у кримінальному провадженні, належний їй комплекс процесуальних прав реалізується через захисника (вартість послуг якого у такому разі компенсується державою) та представника (абз. 2, 3 ст. 75 КПК Латвії); б) зазначеним приписам корелюють положення, що регулюють діяльність захисника і представника такої особи: 1) участь захисника у провадженні щодо особи з психічним розладом є обов'язковою з моменту встановлення наявності психічного розладу (п. 2 ч. 1 ст. 83, ч. 3 ст. 598 КПК Латвії); 2) за умови, що особа не здатна самостійно брати участь у провадженні, обов'язковою також є участь представника, проте момент його залучення врегульовано по-різному: ч. 5 ст. 91 КПК Латвії визначає його участь з моменту порушення справи про застосування примусових заходів медичного характеру і прийняття рішення про його залучення, у той час як вже згадувана ч. 3 ст. 598 КПК Латвії пов'язує його участь зі встановленням наявності психічного розладу; 3) законними представниками можуть виступати не лише родичі чи близькі особи, але й представники відповідних організацій<sup>2</sup>. Цікаво, що визначення особи, яка здійснюватиме функції представника, має відбуватися з урахуванням трьох факторів: нормативно закріпленої у ч. 2 ст. 91 КПК Латвії послідовності, можливості та бажання осіб якнайкраще захищати інтереси особи, думки останньої, якщо це дозволяє її психічний стан (ч. 3 ст. 91 КПК Латвії).

Естонське процесуальне законодавство наділяє особу, щодо якої здійснюється провадження із застосування примусових заходів медичного характеру, правами

<sup>2</sup> Представником може бути одна з таких осіб: 1) піклувальник; 2) один з подружжя; 3) мати, батько або опікун; 4) один із дідусів і бабусь, повнолітні особи – брат чи сестра, син чи дочка або інший близький родич; 5) представник такої неурядової організації, яка виконує функцію захисту прав осіб з розумовими вадами; 6) представник Сирітського суду та Суду з питань опіки та піклування (ч. 2 ст. 91 КПК Латвії).

підозрюваного та обвинуваченого, якщо їй психічний стан це дозволяє (§ 395 КПК Естонії) [13], проте не виокремлює як учасника провадження зі сторони захисту (§§ 33-36 КПК Естонії). Участь захисника визнається обов'язковою у разі, якщо особа не може через свою психічну недостатність здійснювати захист самостійно або якщо такий захист ускладнюється через наявність вади (п. 2 ч. 2 § 45 КПК Естонії). Не закріплюючи спеціальних правил залучення законного представника особи, процесуальний закон Естонії у низці випадків передбачає його участь у досліджуваному провадженні (ч. 1 § 402<sup>1</sup>, ч. 4 § 403 КПК Естонії).

Законодавством Словенії також передбачається участь захисника у провадженні, яка стає обов'язковою з моменту подання прокурором клопотання про застосування до особи примусового психіатричного лікування амбулаторно чи із поміщенням до лікувального закладу (ч. 1 ст. 491 КПК Словенії) [14]. Спеціальних правил стосовно участі законного представника у провадженні щодо застосування примусових заходів психіатричного характеру КПК Словенії не містить, що зумовлено не відмовою законодавця від застосування такої гарантії, а тим, що функцію захисника особи, відносно якої таке провадження здійснюється, може здійснювати не лише професійний адвокат, але і законний представник – інший з подружжя, родичі за прямою лінією, прийомні діти, брат, сестра тощо (ч. 3 ст. 67 КПК Словенії). Слід зауважити, що особа, яка страждає на психічний розлад, не наділяється окремим процесуальним статусом, а вважається обвинуваченим (ч. 1 ст. 491 КПК Словенії).

У процесуальному законі Федеративної Республіки Німеччина автору не вдалося відшукати положень, які б аналогічно до наведених вище врегульовували питання визначення процесуального «балансу сил» представників сторони захисту: особи, яка страждає на психічний розлад, її законного представника та захисника. Натомість, окремі процесуальні механізми яскраво демонструють підхід німецького законодавця до вирішення досліджуваного питання. Так, у нормі, присвяченій врегулюванню питань представництва відсутніх осіб, передбачається можливість захисту інтересів відсутнього обвинуваченого як захисником, так і родичами, які не є адвокатами (§ 286 КПК Федеративної Республіки Німеччина) [15]. Щодо неповнолітніх, які страждають на недоумство, а також осіб, які мають психічні захворювання або інвалідність і недостатньо розуміють зміст права на відмову від давання показань, закріплено загальне правило про те, що свідчення від них можуть бути взяті лише за наявності їхнього бажання та згоди законного представника на проведення допиту (п. 2 § 52 КПК ФРН). У частині врегулювання участі осіб, які через власний стан або з міркувань громадського порядку чи безпеки не можуть бути присутніми під час основного судового розгляду, німецький процесуальний закон передбачає гарантію у вигляді допиту особи до основного судового розгляду уповноваженим суддею та запрошеним експертом у присутності, зокрема, захисника і законного представника, неявка яких не перешкоджає проведенню процесуальної дії (п.1, 2 § 415 КПК ФРН). З наведених вище процесуальних правил можна дійти висновку про те, що участь законного представника і захисника, будучи процесуальною гарантією і виконуючи компенсуючу функцію, не підміняє собою реалізації процесуальних прав особою, яка страждає на психічний розлад, окрім випадків, коли така реалізація є неможливою з точки зору фактичного стану особи або з огляду на ризик порушення правопорядку чи безпеки.



З викладеного вище можна виокремити такі перспективні для перейняття надбаня зарубіжних правових систем:

- застосування диференційованого підходу до визначення правомочностей, які особа може реалізувати самостійно з урахуванням фактичного стану її психічного здоров'я (Казахстан, Латвія, Молдова, Росія, ФРН);

- нормативне закріплення визначення поняття особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння (Білорусь);

- можливість обмеження процесуальної дієздатності особи, яка внаслідок тимчасового психічного захворювання або недоумства не здатна самостійно реалізувати свої права і виконувати обов'язки (Молдова);

- визнання участі законного представника обов'язковою у будь-якому провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру (Молдова) або у разі, якщо особа не може брати участь у провадженні самостійно (Латвія);

- забезпечення можливості призначення законним представником не лише осіб, пов'язаних родинними зв'язками (Словенія), але й інших, що можуть забезпечити ефективний захист інтересів особи, яка страждає на психічний розлад (наприклад, правозахисних організацій (Латвія) або організацій, що здійснюють опіку над особою (Білорусь));

- нормативне закріплення факторів, які варто враховувати під час вибору особи для здійснення представництва (черговість у законі, фактична здатність ефективно представляти інтереси, думка особи, якщо дозволяє її психічний стан (Латвія));

- врегулювання процесуального статусу законного представника окремою нормою (Білорусь, Росія) та детальне врегулювання процесуального статусу законного представника шляхом закріплення його процесуальних прав і обов'язків (Білорусь, Молдова);

- фіксування факту роз'яснення процесуальних прав у протоколі (Казахстан, Молдова, Росія);

- залучення захисника в обов'язковому порядку з моменту встановлення факту неосудності або психічного розладу особи, щодо якої ведеться провадження, а також набуття особою відповідного процесуального статусу (Казахстан), з моменту пред'явлення особі обвинувачення або призначення судово-психіатричної стаціонарної експертизи (Молдова).

Вищенаведені матеріали відображають рівень нормативного регулювання процесуальних аспектів участі особи, яка страждає на психічний розлад, щодо якої здійснюється провадження. Натомість менш поширеними є процесуальні приписи, присвячені визначенню специфіки участі у кримінальному провадженні таких осіб в якості інших учасників судочинства. У цьому контексті доцільно звернутися до висвітлення правових аспектів участі осіб, які страждають на психічні розлади, як свідків. Наприклад, процесуальний закон Канади передбачає обов'язок суду перед допитом свідка, процесуальна дієздатність якого під сумнівом через розумову відсталість, з'ясувати: а) розуміння особою природи присяги або урочистого підтвердження; б) здатність особи надавати показання, які мають доказову цінність (п. 1 § 16 Закону про докази Канади) [16]. Процесуальним законом Естонської Республіки передбачено низку особливостей допиту осіб з психічними

розладами: а) беручи до уваги психічний стан свідка, суд може призупинити його допит сторонами та допитати свідка з власної ініціативи або на підставі письмових питань, підготовлених сторонами судового провадження (п. 6 § 290 КПК Естонії); б) показання неповнолітнього, надані під час досудового розслідування, не можуть бути допущені як докази у разі, якщо він має розумові або психічні вади (абз. 3 п. 1 § 290-1 КПК Естонії). Наведені вище приклади, на думку автора, не втрачають своєї актуальності і щодо отримання показань від потерпілого, а тому, будучи перспективними напрямками удосконалення вітчизняного процесуального законодавства, мають бути враховані під час розробки і внесення відповідних змін до КПК.

**Висновки.** На підставі проведеного дослідження стає очевидним, що зарубіжні процесуальні механізми, спрямовані на забезпечення балансу між дотриманням прав і свобод осіб, які страждають на психічні розлади, та ефективністю досудового розслідування, у багатьох елементах співпадають, що свідчить про їхню універсальність та обумовлює перспективність перейняття останньої.

### Література

1. Клименко О. В. Развитие института принудительных мер медицинского характера в законодательстве стран Европы. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія : Юридичні науки*. 2020. № 3. Т. 31(70). С. 171–175. URL: [https://juris.vernadskyjournals.in.ua/journals/2020/3\\_2020/32.pdf](https://juris.vernadskyjournals.in.ua/journals/2020/3_2020/32.pdf)
2. Беклеміщев С. О. Примусові заходи медичного характеру: кримінально-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Класич. приват. ун-т. Запоріжжя, 2017. 241 с.
3. Берш А. Я. Примусові заходи медичного характеру: правова природа та види : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2017. 188 с.
4. Жук І. В. Примусові заходи медичного характеру та примусове лікування у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2009. 20 с.
5. Зайцев О. В. Обмежена осудність у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Харків, 2006. 20 с.
6. Тетерятник Г. К. Охорона прав і законних інтересів неосудних і обмежено осудних на стадії досудового розслідування у кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Класич. приват. ун-т. Запоріжжя, 2012. 226 с.
7. Говрунова А. И. Уголовно-процессуальные проблемы применения принудительных мер медицинского характера : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Краснодар, 2009. 25 с.
8. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: от 16 июля 1999 г. № 295-З. URL: [https://kodeksy-by.com/ugolovno-protsessualnyj\\_kodeks\\_rb.htm](https://kodeksy-by.com/ugolovno-protsessualnyj_kodeks_rb.htm)
9. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 5.12.2022). URL: <https://www.zakonrf.info/upk/>
10. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан: от 04 июля 2014 г. № 231-V (дата обновления: 18.11.2022). URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575852&show\\_di=1](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852&show_di=1)
11. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова: от 14 марта 2003 г. № 122-XV (ред. от 10.09.2022). URL: [https://www.legis.md/cautare/getResults?doc\\_id=133060&lang=ru#](https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=133060&lang=ru#)
12. Уголовно-процессуальный закон Латвийской Республики: от 21 апреля 2005 г. // Biznesa mformācijas birojs. URL: [http://www.pravo.lv/likumi/29\\_upz.html](http://www.pravo.lv/likumi/29_upz.html)
13. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики: от 12 февраля 2003 г. (ред. от 1.01.2022). URL: <https://www.juristaitab.ee/ru/zakonodatelstvo/ugolovno-processualnyy-kodeks>
14. Criminal Procedure Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia [Uradni list RS], No. 63/94 of 13 March 1994). URL: [https://www.legislationline.org/download/id/9233/file/SLOV\\_CPC.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9233/file/SLOV_CPC.pdf)
15. German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO). URL: [https://www.legislationline.org/download/id/9178/file/GERM\\_CPC\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/9178/file/GERM_CPC_en.pdf)
16. Canada Evidence Act (R.S.C., 1985, c. C-5). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-5/page-2.html#h-137531>

### Анотація

*Тищенко О. І. Особливості суб'єктного складу кримінальних проваджень за участю осіб, які страждають на психічні розлади: зарубіжний досвід.* – Стаття.

У статті у порівняльному аспекті проілюстровано нормативну регламентацію суб'єктного складу кримінальних проваджень за участю осіб, які страждають на психічні розлади, у кримінальному процесуальному законодавстві зарубіжних країн. Проаналізовано кримінальне процесуальне законодавство держав ближнього зарубіжжя – Білорусі, Казахстану, Латвії, Молдови, Росії, Естонії, що обумовлене близькістю правових систем держав пострадянського простору та перспективністю перейняття зарубіжних здобутків. Крім того, з метою поглиблення порівняльного аналізу, виокремлено та розглянуто особливості суб'єктного складу кримінальних проваджень за участю осіб, які страждають на психічні розлади, за законодавством Федеративної Республіки Німеччина, Словенія, Канада.

За результатами проведеного дослідження визнано придатним для перейняття досвід зарубіжних держав, зокрема, в аспектах: а) застосування диференційованого підходу до визначення правомочностей, які особа може реалізувати самостійно, з урахуванням фактичного стану її психічного здоров'я особи (Казахстан, Латвія, Молдова, Росія, ФРН); б) визнання участі законного представника обов'язковою у будь-якому провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру (Молдова) або у разі, якщо особа не може брати участь у провадженні самостійно (Латвія); в) забезпечення можливості призначення законним представником не лише осіб, пов'язаних родинними зв'язками (Словенія), але й інших, що можуть забезпечити ефективний захист інтересів особи, яка страждає на психічний розлад (наприклад, правозахисних організацій (Латвія) або організацій, що здійснюють опіку над особою (Білорусь); г) нормативного закріплення факторів, які варто враховувати під час вибору особи для здійснення представництва (черговість у законі, фактична здатність ефективно представляти інтереси, думка особи, якщо дозволяє її психічний стан) (Латвія) тощо.

Висвітлено особливості участі осіб, які страждають на психічні розлади, як свідків за кримінальним процесуальним законодавством Канади, Естонії.

*Ключові слова:* законний представник, захисник, кримінальне провадження, примусові заходи медичного характеру, психічний розлад.

### Summary

*Tyshchenko O. I. Peculiarities of the subject composition of criminal proceedings involving persons suffering from mental disorders: foreign experience.* – Article.

The article illustrates in a comparative aspect the normative regulation of the subject composition of criminal proceedings involving persons suffering from mental disorders in the criminal procedural legislation of foreign countries. The criminal procedural legislation of the countries of the near abroad – Belarus, Kazakhstan, Latvia, Moldova, Russia, Estonia – is analyzed, which is due to the proximity of the legal systems of the countries of the post-Soviet space and the prospect of adopting foreign achievements. In addition, in order to deepen the comparative analysis, the peculiarities of the subject composition of criminal proceedings involving persons suffering from mental disorders, according to the legislation of the Federal Republic of Germany, Slovenia, Canada, are identified and considered.

According to the results of the research, the experience of foreign countries was recognized as suitable for adoption, in particular, in the aspects of: a) the application of a differentiated approach to determining the powers that a person can exercise independently, taking into account the actual state of the person's mental health (Kazakhstan, Moldova, Latvia, Russia, Germany); b) recognizing the participation of a legal representative as mandatory in any proceeding regarding the application of coercive measures of a medical nature (Moldova) or in the event that a person cannot participate in the proceeding on his own (Latvia); c) ensuring the possibility of appointing as a legal representative not only persons connected by family ties (Slovenia), but also others who can provide effective protection of the interests of a person suffering from a mental disorder (for example, human rights organizations (Latvia) or organizations exercising guardianship over a person (Belarus); d) regulatory consolidation of factors that should be taken into account when choosing a person for representation (law priority, actual ability to effectively represent interests, the person's opinion, if their mental state allows) (Latvia), etc.

The peculiarities of the participation of persons suffering from mental disorders as witnesses under the criminal procedural legislation of Canada and Estonia are highlighted.

*Key words:* legal representative, defender, criminal proceedings, coercive medical measures, mental disorder.

УДК 347.1:342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.12>

Б. В. Фасій

## ПРАВАЗАСТОСОВНИЙ І СУДОВИЙ РОЗСУД У ПРИВАТНОМУ ТА ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ

**Постановка проблеми.** Під час воєнного стану відбувається певне «звуження», обмеження приватного інтересу на користь інтересу публічного. Це означає також і звуження меж розсуду учасників цивільних відносин в умовах воєнного стану. З метою з'ясування цих меж слід визначитися спочатку з тими категоріями, які мають значення для даної проблематики.

Однією з найбільш складних і дискусійних проблем в українській цивілістиці є проблема розсуду в приватному праві. При цьому, на відміну від деяких інших правових питань, які або викликають бурхливі суперечки серед практикуючих юристів, або, навпаки, привертають увагу тільки вчених-правників, розсуд у праві цікавить як одних, так й інших.

Серед науковців, які досліджують правозастосовний або судовий розсуд, відсутня єдність у визначенні відповідного виду розсуду.

**Постановка завдання.** Метою статті є розглянути правозастосовний і судовий розсуд у цивільному та адміністративному праві.

**Виклад основного матеріалу.** Досить цікавим є дослідження А. Барака, присвячене суддівському розсуду. Науковець зазначає, що категорія «розсуд» має більш ніж одне значення і його розуміння залежить від контексту. Сам він тяжіє до визначення розсуду у якості повноваження, що надане особі, яка має владу обирати між двома або більше альтернативами, причому кожна з альтернатив є законною. Тобто, це вибір між різними можливими рішеннями, між двома або більше лініями, котра з яких є дозволеною [1, с. 13]. Таким чином, коли існує лише один законний варіант поведінки, розсуд відсутній. Розсуд припускає також відсутність обов'язку вибрати лише одну певну можливість із декількох. І це дає підставу для висновку, що розсуд це не одна позиція, а зона можливостей і всі вони мають бути законними, бо немає розсуду там, де є вибір між законною і незаконною можливістю. Варіанти визначаються не фізичною можливістю вибору того чи іншого варіанту, але юридичним критерієм законності виконання. Стосовно суддівського розсуду це означає, що проблема не має єдиного законного рішення (єдиного вірного рішення), а отже правова проблема є дуже непростюю і саме для вирішення таких проблем і існує суддівський розсуд [1, с. 14].

Повертаючись до правозастосовного та судового розсуду у наукових розвідках, слід констатувати, що у наявних нині наукових дефініціях досить чітко простежуються дві тенденції: по-перше, визначати категорію «розсуд» як належну суб'єкту свободу, право, повноваження на вибір певного рішення; по-друге, як специфічний вид діяльності. Перша позиція представлена в роботах таких вчених, як Д.М. Чечот, К.І. Комісаров та ін.

Так, на думку Д.М. Чечота, розсуд означає, що відповідний орган або посадова особа діє по своїй волі, не пов'язаний при прийнятті рішення будь-якою нормою. У межах наданих йому повноважень орган держави є вільним у виборі відповідної поведінки [2, с. 68].

К.І. Комісаров зазначає, що судовий розсуд – це надана суду правомочність приймати, погодившись з конкретними умовами, таке рішення з питань права, можливість якого впливає із загальних і лише щодо певних умов закону [3, с. 50].

У наведених тезах наукових робіт першої групи вчених виділяється спільна риса сформульованих ними дефініцій розсуду. Розсуд тут – це свобода, правомочність або повноваження.

Деякі інші смислові акценти розставлені у визначеннях, запропонованих іншою групою вчених, які досліджували категорію «розсуд». Тут більша увага приділяється «процесу розсуду». Так, В.Г. Антропов визначає не судовий розсуд, а більш широке, родове по відношенню до нього правозастосовний розсуд. Вчений вважає, що розсуд – це надана правом владна інтелектуально-вольова діяльність правозастосовця вибору суб'єктивно-оптимального рішення [4, с. 14].

В інтерпретації В.Ф. Бохана правозастосовний розсуд – це творча, інтелектуально-вольова діяльність компетентного суб'єкта, у процесі якої остаточно формується його моральна позиція по цій справі [5, с. 94].

На думку О.А. Папкової, судовий розсуд є діяльністю суду з розгляду спірних правових проблем, під якими розуміються питання, що виникають при розгляді справ, вирішення яких здійснюється на підставі розсуду суду в силу відповідної вказівки в нормі закону [6].

Аналізуючи розглянуті визначення категорії «розсуду», слід зазначити, що і перша, і друга група дефініцій має свої переваги і свої недоліки.

Тому питання про категорію «розсуд» у праві є досить складним і дискусійним. Як ми бачимо, протягом багатьох років проблема розсуду привертає увагу дослідників, які неоднозначно оцінюють категорію «розсуд» як з теоретичної, так і з практичної точки зору.

Оскільки звуження меж розсуду учасників цивільних відносин в умовах воєнного стану напряму пов'язана як з нормативними обмеженнями, запровадженими на період дії такого стану, так і з дискреційними повноваженнями органів влади та управління, зона дискреції яких у такому стані збільшується, необхідним є встановлення сутності понять «дискреція», «дискреційні повноваження».

Категорії «розсуд» є дуже близьким за значенням термін «дискреція» («дискреційний»), який іноді використовується в офіційних документах, як його синонім, (від лат. «discretion»), що означає вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд.

Дискреційні повноваження у адміністративному праві пропонується визначати як сукупність прав і обов'язків, закріплених адміністративним законодавством, для виконання покладених на орган виконавчої влади чи його посадову особу функцій, що надають йому певний ступінь свободи розсуду оцінювати ситуації, здійснювати правомірний вибір між законними альтернативами та не передбачають обов'язків узгоджувати свої рішення з будь-яким іншим суб'єктом [7, с. 211].

При цьому в літературі з адміністративного права поняття «розсуд» і «дискреція» вживаються як тотожні. Так, зазначається, що одним із важливих питань, пов'язаних із реалізацією передбачених Конституцією та законами України владних повноважень органів виконавчої влади (їх посадових осіб), є явище розсуду або дискреції. Воно обумовлено об'єктивними і суб'єктивними чинниками та існує поряд із принципом законності, являє собою суттєвий елемент державного управління.

Поняття «дискреційні повноваження» і «адміністративний розсуд» взаємопов'язані та є нерозривним об'єктивно-суб'єктивним опосередкуванням одного явища – дискреції, притаманного органам виконавчої влади та їх посадовим особам. Дискреційні повноваження є складовою частиною повноважень та обов'язковим структурним елементом компетенції органу виконавчої влади (посадової особи) щодо застосування адміністративного розсуду [8, с. 97–100].

Аналіз законодавства України дає змогу зробити висновок, що хоча саме поняття «дискреція» (розсуд) часто зустрічається в численних законах та підзаконних нормативно-правових актах, але на сьогодні законодавча дефініція поняття «дискреція» відсутня.

Однак, як зазначає суддя Верховного Суду О. Губська [9], в національному законодавстві має місце інше визначення – дискреційні повноваження – сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з кількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом.

Аналіз судової практики дає підстави для висновку, що суди досить часто посилаються на Додаток до Рекомендації № Р(80)2 Комітету Міністрів Ради Європи, в якому визначено поняття дискреційного повноваження – повноваження, що його адміністративний орган влади, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду. Тобто коли такий орган може обрати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає кращим за певних обставин [10].

11 квітня 2018 року Верховним Судом було оприлюднено «Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією». У цьому висновку зазначається, що дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти чи бездіяти. Якщо діяти, то у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені в законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження з кимось обраного варіанта.

Вибір варіанту передбачає встановлення фактичних обставин справи й надання їм юридичної оцінки; пошук відповідної норми права та перевірку її дії або вирішення питання щодо застосування аналогії (закону); з'ясування змісту норми права (тлумачення правової норми); здійснення вибору оптимального варіанту рішення, вчинення дій, утримання від дій. Таке право органу виконавчої влади (посадової особи) обумовлене певною свободою, тобто, адміністративним розсудом, в оцінюванні, діях або утриманні від дій (бездіяльність), а якщо у діях – то у виборі одного

з варіантів рішень (дій) чи правових наслідків. Це вибір лише однієї із законних альтернатив. Вибір може здійснюватися між двома й більше альтернативами. При цьому, вибір може бути обмеженим, коли всі альтернативи, з яких слід вибирати, вичерпно передбачені законом (закритий перелік альтернатив). Крім того, вибір може здійснюватися з невизначеної кількості альтернатив, тобто вибір може бути необмеженим (*так званий відкритий перелік альтернатив*) [11].

Проблема розсуду не є новою для науки адміністративного права, більше того, вона є досить дослідженою саме в цій галузі права. На сьогодні розсуд розглядається як необхідний елемент управління державними справами, виключний спосіб реалізації державно-владних повноважень органів виконавчої влади та їх посадових осіб.

В.М. Дубовицький [12] і Г.Й. Ткач [13] зазначають, що розсуд таких суб'єктів (адміністративний розсуд) обумовлений приписами правових норм, які не встановлюють конкретного варіанту дій, але наділяють їх певним ступенем свободи (можливістю) при здійсненні виконавчо-розпорядчої (управлінської) діяльності обирати найбільш корисне, доцільне рішення чи вчиняти відповідні дії в межах, визначених правовими нормами. Ю.О. Тихомиров [14, с. 167], Е.О. Чабан [15, с. 238–239] зауважують, що такий вибір має бути вмотивованим та має здійснюватись у межах компетенції суб'єкта владних повноважень.

Термін «розсуд» загалом пропонується розуміти як право органів виконавчої влади (їх посадових осіб) щодо «вибору варіанту поведінки, рішення чи передбачуваного наслідку правової норми» [16, с. 265], коли залишений нормою права певний простір має заповнити орган чи особа, який застосовує норму. Це право впливає з системи обов'язкових для них правил поведінки – адміністративно-правових норм, санкціонованих державою, спрямованих на врегулювання суспільних відносин.

Саме у науці адміністративного права досліджуються питання так званого «вільного розсуду», оскільки поняття «вільний» не є органічним для публічного права, де відповідні фігуранти держави мають діяти у межах, чітко визначених законом. Так, зокрема, зазначається, що Вищий адміністративний суд України (надалі – ВАСУ) у власних рішеннях нерідко ототожнює поняття «дискреція» і «вільний розсуд» суб'єкта владних повноважень (наприклад, ухвала ВАСУ від 09 лютого 2016 р. по справі № К/800/4382/15) [17]; «вільний» та «адміністративний розсуд» органу виконавчої влади (до прикладу, ухвали ВАСУ від 17 листопада 2016 р. по справі № К/800/32314/15 [18]), що не зовсім виправдано з огляду на ступінь свободи волі суб'єкта та її спрямованості.

Розсуд може мати необмежений (абсолютний) характер. Так, коли вирішення певного питання здійснюється за власним бажанням суб'єкта, а вибір мети, способів її досягнення, а також можливість виражати свою волю і приймати рішення, вчиняти дії (не вчиняти дій) нічим і ніким не обмежується, тобто є «довільною» (нічим не обмежена, яка виникає, здійснюється за власним бажанням, яка не впливає з чого-небудь; необґрунтована, позбавлена аргументації [19, с. 334]), то розсуд має абсолютний характер – безумовний, необмежений, повний, безвідносний. Це так званий «вільний розсуд», нічим не обмежений, здійснений по своїй волі розсуд, який може включати всі прояви «свободи волі» – «правильну» волю

та/або «неправильну» волю особи. «Вільний» за Словником української мови трактується як незалежний; який має право або можливість діяти, чинити зі своєї волі, за власним бажанням; не обмежений певними законами, постановами; безперешкодний; який не відповідає певним нормам, правилам, стандартам [20, с. 673]. При цьому слід зазначити певну умовність «абсолютності» вільного розсуду, оскільки навіть у приватному праві цей розсуд не є абсолютним, оскільки обмежується розсудом іншого суб'єкта.

Для права публічного поняття «вільний розсуд» є практично неприпустимим, оскільки може стати «свавіллям» під яким розуміється: 1) «необмежена влада, відсутність законності, справедливості»; 2) «схильність діяти на власний розсуд, не зважаючи на волю й думку інших – самовілля»; 3) «свавільна поведінка, свавільний вчинок» [21, с. 63]. Науковці у сфері адміністративного права наголошують на тому, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Власне, це означає, що розсуд суб'єктів владних повноважень є обмеженим чітким приписом норми права і обмежений наявністю певної мотивації, обґрунтуванням прийнятого варіанту рішення, передбачає наявність певних меж, що мають стримувати суб'єкта владних повноважень при здійсненні розсуду.

**Висновки.** У теорії та юридичній практиці термін «розсуд» розуміється як свобода вибору органів виконавчої влади (їх посадових осіб), обмежена сукупністю формально-юридичних (фактичні обставини, повноваження, компетенція, строки та ін.) та змістовних (принципи верховенства права, законності, дотримання прав і свобод людини, добросовісності, розумності, справедливості) вимог, дотримання яких не дають стати розсуду джерелом свавілля.

Крім цього, необхідно враховувати можливості, коли адміністративний орган таки може приймати рішення, змінюючи своє ставлення до принципу рівності з причин загального або публічного інтересу чи у зв'язку з тим, що минула практика застосування дискреційних повноважень визнана протиправною або невідповідною, наприклад, принципу справедливості тощо.

### Література

1. Барак Аарон. Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999. 376 с.
2. Чечот Д. М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л. : ЛГУ, 1973. 134 с.
3. Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе. *Советское государство и право*. 1969. № 4. С. 49–56.
4. Антропов В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический анализ) : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1995. 180 с.
5. Бохан В. Ф. Формирование убеждения суда. М. : БГУ, 1973. 160 с.
6. Папкова О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве. *Законодательство*. 1999. № 2. С. 63–64.
7. Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація. : дис. ... канд. юрид. наук зі спеціальності 12.00.07. К., 2019. С. 211.
8. Грінь А. А. Дискреція як особливий елемент повноважень органів виконавчої влади. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 3. С. 97–100.
9. Губська О. Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. Верховний Суд. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1050270>



10. Бевзенко В. М., Панова Г. В. Сутність та підстави втручання адміністративного суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації. К. : Вд Дакор. 2018. 232 с.
11. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією». URL: court.gov.ua
12. Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1981. 24 с.
13. Ткач Г. Й. Дискреційна влада публічної адміністрації і проблеми прав людини і громадянина. *Актуальні проблеми держави і права*. 2007. Вип. 35. С. 82–85.
14. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс. Москва, 2001. 652 с. URL: <http://www.alleng.ru/d/jur/jur726.htm>
15. Чабан Е.А. Понятие и сущность процесса государственного управления и административное усмотрение. *Общество и право*. 2013. № 2(44). С. 236–240. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-suschnost-protsesta-gosudarstvennogo-upravleniya-i-administrativnoe-usmotrenie>
16. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / ред.кол.: В. Б. Авер'янов та ін. Київ : Юрид. думка, 2004. Т. 1 : Заг. частина. 584 с.
17. Ухвала Вищого адміністративного суду України. Справа від 09.02.2016 № К/800/4382/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. № 55796768. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55796768>
18. Ухвала Вищого адміністративного суду України. Справа від 17.11.2016 № К/800/32314/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. № 62885255. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62885255>
19. Колесник Г.М. Довільний. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін.; Ін-т мовознавства АН УРСР. Київ : Наук. думка, 1971. Т. 2 : Г–Ж / ред. П. П. Доценко, Л. А. Юрчук. 550 с.
20. Лагутина А. В. Вільний. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін. Київ : Наук. думка, 1970. Т. 1 : А–В / ред. П. Й. Горещкий, А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, Н. І. Швидка. 799 с.
21. Демчик Г. Н. Свалля. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін.; Ін-т мовознавства АН УРСР. Київ : Наук. думка, 1978. Т. 9. 917 с.

### Анотація

**Фасій Б. В. Правозастосовний і судовий розсуд у приватному та публічному праві.** – Стаття.

У статті досліджено складні та дискусійні питання сутності правозастосовного та судового розсуду у приватному та публічному праві. Проаналізовано правову науку, де більшість публікацій в основному зводиться до дослідження категорії «розсуд» за двома аспектами: вивчення правозастосовного розсуду в загальнотеоретичному ракурсі або дослідження судового розсуду як особливого різновиду правозастосовного. Досліджено сутність понять «дискреція» та «дискреційні повноваження», оскільки звуження меж розсуду учасників цивільних відносин в умовах воєнного стану напряму пов'язана як з нормативними обмеженнями, запровадженими на період дії такого стану, так і з дискреційними повноваженнями органів влади та управління, зона дискреції яких у такому стані збільшується. Категорія «розсуд» є дуже близьким за значенням термін «дискреція», який іноді використовується в офіційних документах, як його синонім, що означає вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд. Поняття «дискреційні повноваження» і «адміністративний розсуд» взаємопов'язані та є нерозривним об'єктивно-суб'єктивним опосередкуванням одного явища – дискреції, притаманного органам виконавчої влади та їх посадовим особам. Встановлено, що хоча саме поняття «дискреція» (розсуд) часто зустрічається в численних законах та підзаконних нормативно-правових актах, але на сьогодні законодавча дефініція поняття «дискреція» відсутня. Розсуд в публічному праві розглядається як необхідний елемент управління державними справами, виключний спосіб реалізації державно-владних повноважень органів виконавчої влади та їх посадових осіб. У науці адміністративного права досліджуються питання так званого «вільного розсуду», оскільки поняття «вільний» не є органічним для публічного права, де відповідні фігуранти держави мають діяти у межах, чітко визначених законом.

*Ключові слова:* цивільне право, адміністративне право, розсуд в праві, дискреція, дискреційні повноваження.

### Summary

**Fasii B. V. Enforcement and judicial discretion in private and public law.** – Article.

The article examines complex and debatable issues of the essence of law enforcement and judicial discretion in private and public law. Legal science was analyzed, where the majority of publications are mainly reduced to the study of the category «discretion» from two aspects: the study of law enforcement

discretion in a general theoretical perspective or the study of judicial discretion as a special type of law enforcement. The essence of the concepts of «discretion» and «discretionary powers» has been studied, since the narrowing of the boundaries of the discretion of the participants in civil relations in the conditions of martial law is directly related to both the regulatory restrictions introduced during the period of such a state of affairs and the discretionary powers of authorities and management, zone whose discretion in such a state increases. Categories «discretion» is very close in meaning to the term «discretion», which is sometimes used in official documents as its synonym, which means the decision by an official or government body of any matter at its own discretion. The concepts of «discretionary powers» and «administrative discretion» are interrelated and are an inseparable objective-subjective mediation of one phenomenon – discretion inherent in executive authorities and their officials. It has been established that although the very concept of «discretion» (discretion) is often found in numerous laws and subordinate legal acts, there is currently no legislative definition of the concept of «discretion». Discretion in public law is considered as a necessary element of the management of state affairs, an exclusive way of exercising the state powers of executive authorities and their officials. In the science of administrative law, issues of so-called «free discretion» are investigated, since the concept of «free» is not organic to public law, where the relevant actors of the state must act within the limits clearly defined by law.

*Key words:* civil law, administrative law, discretion in law, discretion, discretionary powers.

УДК 342.92 (477)

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.13>

С. А. Федчишин

## ПРАВООБМЕЖЕННЯ ПОСАДОВИХ ОСІБ ДИПЛОМАТИЧНОЇ СЛУЖБИ ЩОДО ОДЕРЖАННЯ ПОДАРУНКІВ: НЕОБХІДНІСТЬ ВРАХУВАННЯ СПЕЦИФІКИ

**Постановка проблеми.** Правообмеження щодо одержання подарунків є одним із видів передбачених законодавством правообмежень, що спрямовані на запобігання корупційним та пов'язаним із корупцією правопорушенням (для їх позначення також використовують умовний термін «антикорупційні обмеження»). Сутність такого правообмеження полягає у позбавленні або звуженні за визначених умов права одержувати подарунки для державних службовців та інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, осіб, що прирівняні до останніх для цілей Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 р. Водночас, для дипломатичної сфери подарунки традиційно мають особливе значення, що безумовно має враховуватись при врегулюванні правового статусу посадових осіб дипломатичної служби України та, зокрема, потребує диференціації регулювання правообмеження щодо одержання подарунків відносно посадових осіб дипломатичної служби, визначенні його специфічних особливостей.

**Аналіз досліджень та публікацій.** Проблеми правообмеження (обмеження) державних службовців щодо одержання подарунків, у тому числі його мета, зміст, особливості, відповідальність за порушення тощо аналізувались у працях багатьох вітчизняних вчених-адміністративістів (В. Б. Авер'янова, Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, Л. Р. Білої-Тіунової, Т. Є. Кагановської, Р. О. Кукурудза, С. В. Ківалова, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпакова, В. Я. Настюка, Н. В. Янюк та ін.). У свою чергу, аналіз вітчизняних наукових джерел не дозволяє виокремити праць, спеціально присвячених дослідженню особливостей правообмеження щодо одержання подарунків відносно такого спеціалізованого виду державних службовців як посадові особи дипломатичної служби України. Ці обставини і зумовлюють постановку завдань цієї статті, що полягають у аналізі передбаченого антикорупційним законодавством правообмеження (обмеження) щодо одержання подарунків відносно посадових осіб дипломатичної служби України, формулюванні висновків щодо необхідності врахування специфіки дипломатичної служби при законодавчому врегулюванні особливостей такого правообмеження.

**Виклад основного матеріалу.** У антикорупційному законодавстві під «подарунком» розуміються «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають/одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової» [1, ст. 1]. Відповідно до ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 р. особам, зазначеним у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону забороняється безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб:

1) у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; 2) якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такої особи. Такі особи можуть приймати подарунки, які відповідають загально визнаним уявленням про гостинність, крім випадків, передбачених ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», якщо вартість таких подарунків не перевищує 1 прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує 2 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки. Передбачене обмеження щодо вартості подарунків не поширюється на подарунки, які: 1) даруються близькими особами; 2) одержуються як загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, призи, премії, бонуси. Подарунки, одержані відповідними особами як подарунки державі, АРК, територіальній громаді, державним або комунальним підприємствам, установам чи організаціям, є відповідно державною або комунальною власністю і передаються органу, підприємству, установі чи організації у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України [1, ст. 23]. Порухення обмеження щодо одержання подарунку залежно від особливостей складу передбачає, зокрема, адміністративну або кримінальну відповідальність [10, с. 381–401].

Крім антикорупційного аспекту для дипломатичної служби подарунки набувають особливих відтінків, відмінних від тих, які вони мають у інших видах державної служби. Подарунки є традиційним супутником дипломатичної діяльності рівно стільки, скільки існує така форма міжнародних взаємин. Обмін подарунками виникає ще на етапі міжобщинних відносин, вважається однією із перших форм дипломатичної взаємодії. За сучасних умов практика вручення подарунків або різноманітних нагород може мати місце, наприклад, відносно Надзвичайного і Повноважного Посла іноземної держави (з нагоди залишення держави перебування або відповідно до інших існуючих традицій). Використовують навіть термін «подарункова дипломатія». Отримання подарунку посадовою особою дипломатичної служби має декілька вимірів: а) звичний для державної служби – корупційний вимір; б) властивий саме для дипломатичної служби – вимір міждержавної ввічливості та протоколу. Як зазначає О. В. Буткевич, «взагалі інститут дарунків або обмін подарунками є одним з ключових для розуміння механізму становлення міжнародних контактів. Його важливість полягає в тому, що за своєю формою інститут дарунків (обмін дарунками) є квінтесенцією принципу еквівалентності і взаємності. Інститут дарунків і церемонії, що його супроводжують, є важливою об'єднуючою ланкою між відокремленими народами, а в деяких випадках – і єдиним засобом їхнього спілкування» [4, с. 93].

У різні періоди державами встановлювались правила відносно питань отримання їх дипломатичними представниками подарунків та нагород від іноземних держав. Зокрема, Венеція однією із перших прийняла спеціальне законодавство в цій частині та у 1466 р. заборонила своїм дипломатам отримувати будь-які пожертвування та прагнути яких-небудь звань або титулів при іноземних дворах [6, с. 204]. Однак, враховуючи поширеність звичаю вручати подарунки від'їжджаючому

дипломату, така заборона була замінена на зобов'язання надати подарунок Сенату, який потім зазвичай повертав його дипломатові [14]. Ж. Камбон пише, що Венеція могла навіть порушити слідство проти посланника, який повернувся із місії і не отримав звичних подарунків. Вчений відзначає зміну ставлення до проблеми дипломатичних подарунків: «...у той час нікому не приходило в голову, що ці подарунки можуть викликати підозру щодо безкорисності посланників, котрі їх отримали, а також відносно їх лояльності щодо своєї держави. Тепер таке ставлення було б незрозумілим» [8, с. 55].

Впродовж історії погляди мислителів відносно отримання дипломатами іноземних подарунків різнилися. Жвавою була відповідна дискусія у літературі Нового часу. Одні вчені допускали можливість отримання дипломатом подарунків від іноземного монарха виключно за згоди власного правителя. Своєю чергою наголошували, що такі випадки є «знаком поганого тону» та загрожують «нанесенням певної шкоди тим інтересам, захист котрих як раз і доручений дипломату» (А. Пеке) [11, с. 69]. Інші науковці пропонували диференційований підхід до оцінки таких подарунків – вказували на необхідність зважати чи такі подарунки отримані на початку або вкінці посольської місії, а також яким чином та з яких причин вони були подаровані. Наприклад, Ж. де Міссі відзначав, що посол може одержати подарунок за результатами успішного завершення своєї місії від вдячного іноземного правителя («посол не може відмовитись від піднесеного правителем дарунку, не проявивши нечемності та навіть невдячності»). У тих же випадках, коли подарунки даруються за дії, що суперечать інтересам власного правителя, вони отримуватись не повинні, адже «є упевненим доказом віроломних намірів» [12, с. 131].

Окрему увагу дипломатичним подарункам приділяв Ф. Кальєр. На його думку, міністр не повинен приймати подарунки від правителя або держави, у якій він перебуває, без отримання на це дозволу свого государя, крім дарунків, що установлені практикою з нагоди від'їзду. Прийняття заборонених подарунків вважав видом зради. Це введення себе у «стан неможливості захищати інтереси своєї держави». Ф. Кальєр підкреслював, що «посол може приймати речі, які вживаються для столу, вино, птицю, тобто те, що дарується більше по дружбі, а не з наміром підкупу ... Можна приймати подарунки тільки у тих випадках, коли не можна про подарунок сказати що-небудь погане, коли вони зроблені послу в знак поваги, а не з наміром тим самим підкупити його» [7, с. LXII, 175–176].

У сучасному дипломатичному світі подарунки є важливою складовою комунікації, атрибутом міжнародної ввічливості, вираженням поваги до високого іноземного гостя, невід'ємним елементом протокольної практики держав [9]. Обмін подарунками між главою іноземної держави, іншими її посадовими особами та уповноваженою посадовою особою дипломатичної служби (наприклад, Надзвичайним і Повноважним Послом України) заохочує дружні відносини між відповідною іноземною державою і Україною, сприяє виконанню функцій, що покладаються на закордонні дипломатичні установи як міжнародно-правовими нормами, так і національним законодавством. Розвиток та заохочення дружніх відносин між державою акредитації та державою перебування є однією із функцій дипломатичних представництв (ст. 3 Віденської конвенції про дипломатичні зносини від 18.04.1961 р.)

та консульських установ (ст. 5 Віденської конвенції про консульські зносини від 24.04.1963 р.). Заохочення дружніх міждержавних відносин покладається на закордонні дипломатичні установи й внутрішньодержавними правовими актами (Консульським статутом України від 02.04.1994 р., Положенням про закордонні дипломатичні установи України від 15.03.2021 р. та ін.).

Таким чином, отримання посадовою особою дипломатичної служби України подарунку від іноземної держави, міжнародної організації, їх посадових або службових осіб (далі – іноземний подарунок) може бути безпосередньо пов'язаним із виконанням офіційних функцій («функцій держави або місцевого самоврядування» у розумінні антикорупційного законодавства). У цьому сенсі привертає увагу недосконалість Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 р. та неврахування ним наведених особливостей, відсутність відповідних винятків. Згідно із чинним законодавством України на посадову особу дипломатичної служби покладається заборона отримувати подарунки у зв'язку зі здійсненням такою особою діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції»). Слідую, що отримання посадовою особою дипломатичної служби подарунку, приміром, від глави іноземної держави в знак визнання значного внеску у розвиток міждержавних відносин (по суті, у зв'язку із виконанням функцій держави) за чинного законодавства формально може бути визнане таким, котре порушує встановлене обмеження щодо одержання подарунків, що вважаємо неприпустимим та таким, що потребує законодавчого врегулювання.

Відносно посадових осіб дипломатичної служби слід розмежовувати:

а) *«отримання подарунку, що є корупційним або пов'язаним із корупцією правопорушенням»* – діяння посадової особи дипломатичної служби, що спрямовується на порушення встановлених законом антикорупційних правил та формує склад відповідного корупційного кримінального правопорушення (як-то передбаченого ст. 368 КК України – зокрема, у разі одержання неправомірної вигоди у зв'язку зі здійсненням діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави, з використанням влади чи службового становища) або адміністративного правопорушення, пов'язаного із корупцією (передбаченого ст. 172<sup>5</sup> КУпАП – у разі одержання подарунку від підлеглої особи, прийняття подарунку, що перевищує встановлену дозволу вартість, та ін.);

б) *«протокольне прийняття подарунку»* – має такі характеристики: воно пов'язане зі здійсненням посадовою особою дипломатичної служби діяльності із виконання функцій держави; дарування іноземною державою (її посадовими або службовими особами) подарунку, а слідом і його прийняття посадовою особою дипломатичної служби відбувається відповідно до встановленої протокольної практики іноземної держави (прийняття не повинне розглядатись як правопорушення).

Принагідно слід підкреслити, що отримання посадовою особою дипломатичної служби протокольного іноземного подарунку, рівно як і відмова від його прийняття, може мати певні ризики. Отримання таких подарунків може пов'язуватись із бажанням збагатитись, використовуючи свою посаду, порушенням засад патріотизму та лояльності до свого глави держави, представником якого

е посадова особа дипломатичної служби. Натомість можна виокремити й ризики відмови посадовою особою дипломатичної служби від отримання подарунку, приміром із рук глави держави перебування (наприклад, з нагоди завершення Надзвичайним і Повноважним Послом України довготермінового відрядження). Зокрема, така відмова може бути сприйнята як свідоме порушення дипломатичного протоколу і етикету (умисне приниження держави перебування тощо), а слідом істотно ускладнити розвиток відносин між Україною та державою перебування, завдати шкоди іміджеві України за кордоном. Наведені обставини зумовлюють постановку питання про необхідність вироблення та законодавчого врегулювання додаткових обов'язків посадових осіб дипломатичної служби України у зв'язку із прийняттям іноземних подарунків.

У цьому контексті корисним буде звернення до підходів, які мають місце у законодавстві іноземних держав про дипломатичну службу. Наприклад, послам і постійним представникам Королівства Норвегія, як і іншим державним службовцям, заборонено: а) приймати будь-які грошові суми або подарунки, за винятком найдешевших (наприклад, не більше пляшки вина від однієї людини); б) користуватися готелями або авіаквитками, що оплачені не роботодавцем; в) використовувати службове становище для отримання особистої вигоди або сприяння у отриманні вигоди іншими особами. При цьому, прийняття подарунків все ж допускається за визначених умов – «у межах розумного» в тих державах, де з урахуванням місцевих традицій відмова може образити дарувальника і таким чином завдати шкоди іміджу або інтересам Норвегії [5, с. 145].

Стаття 69 Закону Литовської Республіки «Про дипломатичну службу» від 29.06.2018 р. має назву «Нагороди від іноземних держав». Особливістю є те, що предмет регулювання цієї статті охоплює як нагороди від іноземних держав, так і подарунки від них. Закріплено, що про нагороди іноземних держав дипломат повинен інформувати Міністерство закордонних справ. Порядок прийняття, декларування та зберігання отриманих подарунків встановлюється Законом «Про узгодження публічних та приватних інтересів у публічній службі» [3]. Правила дипломатичної служби Великої Британії передбачають категорії подарунків, щодо яких існує можливість прийняття, у тому числі: подарунки незначної цінності (скромна пляшка вина, щоденник тощо); подарунок у зв'язку із офіційним прийомом з певної нагоди у відповідній обстановці та відповідної вартості; подарунок, отриманий в обставинах, за яких відмова від його прийняття була б неможливою без спричинення шкоди публічним інтересам, та ін. (DSR 4) [13].

На нашу думку, можна сформулювати такі характеристики правообмеження посадових осіб дипломатичної служби України щодо одержання подарунків: а) правообмеження, передбачене ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції», має поширюватись на посадових осіб дипломатичної служби з урахуванням визначених особливостей; б) посадовим особам дипломатичної служби слід дозволити приймати іноземні подарунки, які передбачені дипломатичним протоколом відповідної держави перебування (адже відмова може спричинити негативні наслідки для України), незалежно від їх вартості, та одночасно доповнити специфічними обов'язками по факту прийняття подарунку;

в) якщо це можливо за існуючих обставин та протокольної практики посадовій особі дипломатичної служби бажано отримати попередній дозвіл від Міністерства закордонних справ України (далі – МЗС України) на прийняття іноземного подарунку; г) доцільно законодавчо передбачити обов'язок посадової особи дипломатичної служби повідомляти МЗС України про факти прийняття нею протокольного іноземного подарунку; г) для протокольних подарунків слід установити на рівні закону межу допустимої вартості, що впливатиме на можливість посадової особи дипломатичної служби залишити такий подарунок собі: – у разі недосягнення допустимої вартості отриманий посадовою особою подарунок може бути залишений у її власності; – у випадку ж перевищення подарунком допустимої вартості прийнятий подарунок має бути переданий у встановленому порядку до МЗС України (у власність держави); д) невиконання посадовою особою дипломатичної служби обов'язків щодо повідомлення про прийняття протокольних іноземних подарунків або їх передання за визначених умов до МЗС України має забезпечуватись заходами адміністративної відповідальності. При цьому, питання стосовно отримання посадовими особами дипломатичної служби України протокольних іноземних подарунків як подарунків державі вважаємо врегульованим у чинному законодавстві [Див.: 2].

**Висновки.** Законодавче регулювання правообмеження публічних службовців щодо одержання подарунків має враховувати специфіку дипломатичної служби, що функціонує у дипломатичній сфері, для якої подарунки традиційно відіграють особливе значення у контексті дипломатичного протоколу. У зв'язку з цим відносно посадових осіб дипломатичної служби України варто розмежовувати: «отримання подарунку, що є корупційним або пов'язаним із корупцією правопорушенням» та «протокольне прийняття подарунку» (не є правопорушенням). Наведену диференціацію слід врахувати при подальшому вдосконаленні законодавства України про запобігання корупції та про дипломатичну службу. Зокрема, варто нормативно врегулювати особливості прийняття посадовою особою дипломатичної служби протокольного іноземного подарунку, у тому числі в частині визначення допустимої вартості подарунку, за якої останній може бути залишений у посадової особи дипломатичної служби, закріплення її обов'язку у встановленому порядку повідомляти про факт прийняття подарунку та за визначених умов передавати його до МЗС України.

### Література

1. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII, зі змін. та доп. *Офіц. вісн. України*. 2014. № 87. Ст. 2474.
2. Про затвердження Порядку передачі дарунків, одержаних як подарунки державі, Автономній Республіці Крим, територіальній громаді, державним або комунальним установам чи організаціям: постанова Кабінету Міністрів України від 16.11.2011 р. № 1195, зі змін. та доп. *Офіц. вісн. України*. 2011. № 91. Ст. 3302.
3. О дипломатической службе: Закон Литовской Республики от 29.06.2018 г. № VIII-1393. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/-1720e7b0c2e211e883c7a8f929bfc500?jfwid=-eb3wa42r6> (дата звернення: 28.12.2022).
4. Буткевич О. В. История международного права: підруч. 2-ге вид. Київ: Ліра-К, 2016. 412 с.
5. Зубов М. Г. Дипломатическая служба Королевства Норвегия: монография. Москва : Аспект-Пресс, 2017. 160 с.



6. История дипломатии : в 5 т. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: ГИПЛ, 1959. Т. I. / под ред. В. А. Зорина, В. С. Семенова, С. Д. Сказкина, В. М. Хвостова. 896 с.
7. Кальер Ф. Каким образом договариваться с государями. Репринт. изд. / сост. В. И. Попов. Москва : МИА, 2001. 382 с.
8. Камбон Ж. Дипломат / пер. с франц. ; под ред. А. А. Трояновского. Москва : ОГИЗ ГИПЛ, 1946. 88 с.
9. Лук'янець Н. М. Подарунки у дипломатичному протоколі: роль та значення (на матеріалах документальної колекції «Подарунки Президентам України»). *Бібліотека. Наука. Комунікація: актуальні тенденції у цифрову епоху* : тези доп. Міжнарод. наук. конф. (м. Київ, 8–9 жовт. 2019 р.). URL: <http://conference.nbuv.gov.ua/report/view/id/891> (дата звернення: 28.12.2022).
10. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ : ВД Дакор, 2017. 522 с.
11. Пеке А. Рассуждение об искусстве переговоров / пер. с франц. Л. А. Сифуровой. Москва : Научная книга, 2004. 190 с.
12. Трактат о посольствах и послах / пер. с франц. Е. В. Лавровой. Москва : Научная книга, 2006. 251 с.
13. Diplomatic Service Regulations (DSR), Great Britain. URL: [https://civilservicecommission.independent.gov.uk/wpcontent/uploads/2019/03/03a\\_diplomatic.pdf](https://civilservicecommission.independent.gov.uk/wpcontent/uploads/2019/03/03a_diplomatic.pdf) (дата звернення: 28.12.2022).
14. Politics and Diplomacy in Early Modern Italy. The Structure of Diplomatic Practice, 1450-1800 / ed. by D. Frigo. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. 263 p.

### Анотація

**Федчишин С. А. Правообмеження посадових осіб дипломатичної служби щодо одержання подарунків: необхідність врахування специфіки.** – Стаття.

Стаття присвячена аналізу передбаченого антикорупційним законодавством правообмеження щодо одержання подарунків в аспекті його застосування до посадових осіб дипломатичної служби України. Підкреслено, що для дипломатичної служби подарунки крім антикорупційного аспекту набувають особливих відтінків, відмінних від тих, які вони мають у інших видах державної служби. Отримання подарунку посадовою особою дипломатичної служби має декілька вимірів: а) звичний для державної служби – корупційний вимір; б) властивий саме для дипломатичної служби – вимір міждержавної ввічливості та протоколу. З огляду на значення подарунків для сучасних міждержавних відносин запропоновано щодо посадових осіб дипломатичної служби розмежовувати: «отримання подарунку, що є корупційним або пов'язаним із корупцією правопорушенням» та «протокольне прийняття подарунку» (не є правопорушенням). Сформульовано характеристики «протокольного прийняття подарунку»: воно пов'язане зі здійсненням посадовою особою дипломатичної служби діяльності із виконання функцій держави; дарування іноземною державою (її посадовими або службовими особами) подарунку, а слідом і його прийняття посадовою особою дипломатичної служби відбувається відповідно до встановленої протокольної практики іноземної держави (прийняття не є правопорушенням). Наведену вище диференціацію отримання подарунків посадовими особами дипломатичної служби слід врахувати при подальшому вдосконаленні законодавства України про запобігання корупції та про дипломатичну службу. Зокрема, варто нормативно врегулювати особливості прийняття посадовою особою дипломатичної служби протокольного іноземного подарунку, у тому числі в частині визначення допустимої вартості подарунку, за якої останній може бути залишений у посадові особи дипломатичної служби, закріплення її обов'язку у встановленому порядку повідомляти про факт прийняття подарунку та за визначених умов передавати його до Міністерства закордонних справ України.

*Ключові слова:* подарунки, правообмеження, запобігання корупції, дипломатична служба.

### Summary

**Fedchyshyn S. A. Restriction of the right of officials of the diplomatic service to receive gifts: the need to take into account the specifics.** – Article.

The article is devoted to the analysis of the legal restriction on receiving gifts enshrined by anti-corruption legislation in the aspect of its application to diplomatic service officials of Ukraine. It is emphasized that for the diplomatic service, in addition to the anti-corruption aspect, gifts have special dimensions, different from those they have in other types of civil service. Receiving of gifts by an official of

the diplomatic service has several dimensions: a) usual for the civil service – the dimension of corruption; b) specific dimension to the diplomatic service – the aspect of diplomatic protocol. In view of the importance of gifts for modern diplomatic relations, it is offered to distinguish between: «receiving a gift, which is a corrupt or corruption-related offense» and «protocol acceptance of a gift» (not an offense). The characteristics of the «protocol acceptance of a gift» are formulated: it is related to performance of state functions by officials of the diplomatic service of Ukraine; the giving of a gift by foreign state officials, and its subsequent acceptance by officials of the diplomatic service of Ukraine, takes place in accordance with the established protocol practice of the foreign state (acceptance is not an offense). The above differentiation of receiving gifts by officials of the diplomatic service of Ukraine should be taken into account in the further development of the legislation of Ukraine on the prevention of corruption and on the diplomatic service. In particular, it is necessary to regulate the specifics of the acceptance of a protocol foreign gift by officials of the diplomatic service of Ukraine, including permissible value of the protocol foreign gifts, establishment obligations of diplomatic service officials (a) to report the fact of the acceptance of the protocol foreign gift in the prescribed manner and (b) under certain conditions to transfer accepted gift to the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine.

*Key words:* gifts, legal restrictions, prevention of corruption, diplomatic service.

## НАШІ АВТОРИ

**Болгар О. В.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу факультету підготовки фахівців для органів досудового розслідування Одеського державного університету внутрішніх справ

**Булик І. Л.**, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри публічного управління та адміністрування Національної академії внутрішніх справ

**Бухтіяров О. А.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри правоохоронної діяльності Навчально-наукового інституту економічної безпеки та митної справи Державного податкового університету Міністерства фінансів України

**Бухтіярова І. Г.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри публічного управління та адміністрування Національної академії внутрішніх справ

**Водянніков О. Ю.**, кандидат юридичних наук, національний радник з юридичних питань, координатор проектів ОБСЄ в Україні

**Геглюк О. М.**, доктор філософії у сфері медицини Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**Лисько Т. Д.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права і процесу Національного авіаційного університету

**Мирошниченко Ю. М.**, кандидат юридичних наук, голова Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області

**Міліцина К. М.**, аспірантка кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Паславська Н. Т.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та фінансового права Львівського національного університету імені Івана Франка

**Попович Т. П.**, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

**Степенюк О. Г.**, аспірант кафедри теорії права та прав людини Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

**Стрельченко О. Г.**, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри публічного управління та адміністрування Національної академії внутрішніх справ

**Тищенко О. І.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**Фасій Б. В.**, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Федчишин С. А.**, доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ЗМІСТ

<b>О. В. Болгар</b>	
Типологія правовідносин державної реєстрації в Україні.....	3
<b>О. Ю. Водяніков</b>	
Конституція і злочин: теорія криміналізації в світлі конституційної концепції <i>ULTIMA RATIO</i> .....	14
<b>О. М. Геглюк</b>	
Нормативно-правове забезпечення цифровізації як пріоритетного напрямку реформування системи охорони здоров'я .....	36
<b>Т. Д. Лисько, В. В. Меланіч, Ю. В. Славіта</b>	
Протидія кіберзлочинності: сучасний стан вітчизняного законодавства та досвід зарубіжних країн .....	44
<b>Ю. М. Мирошниченко</b>	
Форми і тактика використання спеціальних знань у судовому провадженні.....	50
<b>К. М. Міліціна</b>	
Еволюція критерію оригінальності в авторському праві України.....	56
<b>Н. Т. Паславська</b>	
Історико-правовий аналіз адміністративної юстиції в британській окупаційній зоні повоєнної Німеччини .....	63
<b>Т. П. Попович</b>	
Розуміння обов'язку у природно-правових концепціях Г. Гроція та Б. Спінози .....	72
<b>О. Г. Степенюк</b>	
Матеріально-правова емансипація реляційної техніки: регулятивна і конститутивна ідея.....	77
<b>О. Г. Стрельченко, І. Л. Булик, О. А. Бухтіяров, І. Г. Бухтіярова</b>	
Характеристика механізму нормативно-правового регулювання діяльності підрозділів дізнання Національної поліції України.....	86
<b>О. І. Тищенко</b>	
Особливості суб'єктного складу кримінальних проваджень за участю осіб, які страждають на психічні розлади: зарубіжний досвід.....	92
<b>Б. В. Фасій</b>	
Правозастосовний і судовий розсуд у приватному та публічному праві .....	100
<b>С. А. Федчишин</b>	
Правообмеження посадових осіб дипломатичної служби щодо одержання подарунків: необхідність врахування специфіки.....	107

## CONTENTS

<b>Bolgar O. V.</b> Typology of legal relations of state registration in Ukraine .....	3
<b>Vodiannikov O. Yu.</b> Constitution and Crime: Theory of Criminalisation in the Light of the Constitutional Concept of <i>Ultima Ratio</i> .....	14
<b>Gegliuk O. M.</b> Regulatory and legal support of digitalization as a priority guideline of the health care system reform .....	36
<b>Lysko T. D., Melanich V. V., Slavita Yu. V.</b> Combating cybercrime: the current state of domestic legislation and the experience of foreign countries.....	44
<b>Myroshnychenko Yu. M.</b> Forms and tactics of using special knowledge in court proceedings .....	50
<b>Militsyna K. M.</b> Evolution of the Criterion of Originality in Ukrainian Copyright Law .....	56
<b>Paslavska N. T.</b> Historical and legal analysis administrative justice in the British occupation zone of post-war Germany.....	63
<b>Popovych T. P.</b> Understanding of the obligation in natural law concepts of H. Grotius and B. Spinoza .....	72
<b>Stepeniuk O. G.</b> Substantive-Legal Emancipation of Relational Technology: Regulatory and Constitutive Ideas .....	77
<b>Strelchenko O. H., Bulyk I. L., Bukhtiyarov O. A., Bukhtiyarova I. H.</b> Characterization of the mechanism of normative and legal regulation of the activities of the investigation units of the National Police of Ukraine .....	86
<b>Tyshchenko O. I.</b> Peculiarities of the subject composition of criminal proceedings involving persons suffering from mental disorders: foreign experience .....	92
<b>Fasii B. V.</b> Enforcement and judicial discretion in private and public law .....	100
<b>Fedchyshyn S. A.</b> Restriction of the right of officials of the diplomatic service to receive gifts: the need to take into account the specifics .....	107

**НОТАТКИ**

**НОТАТКИ**

*Наукове видання*

# **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

*Збірник наукових праць*

**Випуск 96**

*Українською та англійською мовами*

Редактор-коректор І. Чудеснова  
Технічний редактор А. Мареева

Підписано до друку 11.11.2022. Формат 70x100/16. Папір офсетний.  
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 9,75. Зам. № 0123/062

Наклад 100 прим. Вид. № 96

Видавничий дім «Гельветика»  
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1  
Телефон: +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08  
E-mail: mailbox@helvetica.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 7623 від 22.06.2022 р.