

# **АЛЬМАНАХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

---

**Випуск 14**

Одеса  
2016

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

Засновник видання – Міжнародний гуманітарний університет

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet Вченою радою Міжнародного гуманітарного університету (протокол № 3 от 02.11.2016 р.)

#### **РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:**

##### **Головний редактор**

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

##### **Заступник редактора**

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

##### **Члени редакційної колегії**

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

Антипенко В.Ф. – завідувач кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Національного авіаційного університету, доктор юридичних наук, професор;

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

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

Бехруз Х.Н. – завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

Зелінська Н.А. – завідувач кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

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

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

Крижановський А.Ф. – завідувач кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор;

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

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

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

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

Чубік Павел – доктор хабілітований, Європейський інститут Ягелонського університету.

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

##### **Адреса редакції:**

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

# РЕДАКЦІЙНА КОЛОНКА

---

## Шановні читачі «Альманаху міжнародного права»!

На сторінках чергового випуску «Альманаху міжнародного права» вітчизняні науковці висвітлюють проблемні питання теорії міжнародного публічного права та європейського права, міжнародного права прав людини, міжнародного приватного права, міжнародного кримінального права, міжнародного договірної права.

Головним принципом, регулятивною ідеєю права взагалі та міжнародного зокрема, поєднувальною ланкою між природним і позитивним у міжнародному праві, що дає міжнародному праву змогу функціонувати у повній відповідності до соціально-економічних та інших реалій буття, є справедливість. Тому особливого значення набуває дослідження міжнародно-правової природи принципу *ex aequo et bono*. Доводиться, що свої витoki принцип *ex aequo et bono* бере у внутрішньому праві (основна ідея римського природного права) як один з основних принципів загальносоціального права, формуючись у діяльності національних, у т. ч. судових, установ, пізніше запозичується міжнародними судами й сьогодні становить основу діяльності міжнародно-правових ад'юкаційних структур і міжнародно-правової системи загалом.

Євроінтеграційний курс України зумовлює необхідність врахування специфіки джерел європейського права та приведення національного законодавства у відповідність до європейських правових стандартів, у зв'язку з чим пильна увага приділяється проблематиці джерел національного та європейського права. На відміну від європейського права, де традиційно первинним джерелом права визнаються установчі договори, а всі інші акти належать до вторинних, в Україні нормативно-правовий акт є первинним, основним джерелом права. Поняття, види та призначення нормативно-правових актів у системі європейського та національного права суттєво відрізняються, проте їх порівняльний аналіз сприяє процесу гармонізації законодавства України з правом Євросоюзу, запозиченню національною правовою системою позитивного досвіду європейських країн у використанні джерел права, запровадженню європейських правових стандартів у нормотворчій практиці.

Представляє значний інтерес проведений аналіз нормативної модальності міжнародно-правових норм у контексті їх легалізації. Модальність міжнародно-правової норми є досить динамічною категорією. Динаміка проявляється в тому, що модальність міжнародно-правової норми, яка однозначно виражена на момент її прийняття, може змінюватися залежно від практики її застосування. Тобто в ході практики виникає суб'єктивний чинник, пов'язаний із легітимацією учасників правовідносин. При цьому більш стабільну модальність мають норми міжнародного звичаєвого права, оскільки саме практика, а не джерело закріплення, формує їхню модальність.

Безпосереднє практичне значення має вивчення інституту сурогатного материнства та проблем, що виникають в процесі його реалізації за участі іноземців. Розвиток медичних технологій у сфері репродуктивного здоров'я все більше загострює дискусії як правників, так і теологів щодо питань правового регулювання сурогатного материнства у всьому цивілізованому світі. З одного боку, існує доволі складна ситуація подружжів, які з не залежних від них причин не можуть мати власних дітей, а з іншого боку – великий ризик комерціалізації тіла жінки, насамперед у тих країнах, де для жінок буденністю вже став продаж свого материнства, часто із залученням оплачуваних і не завжди добросовісних посередників, з метою виживання в скрутних матеріальних умовах.

Матеріали, представлені в даному збірнику, відповідають сучасним тенденціям розвитку міжнародного права та сприятимуть подальшому вдосконаленню правової системи нашої держави.

З повагою та найкращими побажаннями,  
заступник головного редактора С.С. Андрейченко

# ТЕОРІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

---

УДК 340.5

**БОГАЧОВА Л. Л.,**

кандидат юридичних наук, доцент  
кафедри теорії держави і права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АКТ ЯК ДЖЕРЕЛО НАЦІОНАЛЬНОГО ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА

**Анотація.** У статті проаналізовано основні підходи до поняття нормативно-правових актів у національному та європейському праві; охарактеризовано ієрархічну структуру системи вітчизняного законодавства та види нормативно-правових актів, що застосовуються в Євросоюзі; виявлено спільні та відмінні риси між ними та їхнє місце в системі джерел права; запропоновано шляхи удосконалення механізму імплементації актів європейського законодавства в Україні.

**Ключові слова:** джерело права, нормативно-правовий акт, закон, підзаконний акт, регламент, директива, імплементація.

**Постановка проблеми.** Євроінтеграційний курс України зумовлює необхідність врахування специфіки джерел європейського права та приведення національного законодавства у відповідність до європейських правових стандартів. На відміну від європейського права, де традиційно первинним джерелом права визнаються установчі договори, а всі інші акти належать до вторинних, в Україні нормативно-правовий акт є первинним, основним джерелом права. Поняття, види та призначення нормативно-правових актів у системі європейського та національного права суттєво відрізняються, проте їх порівняльний аналіз сприяє процесу гармонізації законодавства України з правом Євросоюзу, запозиченню національною

правовою системою позитивного досвіду європейських країн у використанні джерел права, запровадженню європейських правових стандартів у нормотворчій практиці.

У вітчизняній юридичній літературі приділяється достатньо уваги аналізу юридичної природи законів і підзаконних нормативно-правових актів, їх співвідношенню та ролі в механізмі правового регулювання. Ці питання висвітлювалися у роботах Є. Гетьмана, Г. Дутки, Є. Євграфової, М. Козюбри, А. Колодія, В. Косович, І. Куценко, О. Лисенкової, Н. Пархоменко, П. Рабіновича, Я. Романова, О. Скакун, О. Томкіної, Г. Шмельової, О. Ющика та ін. Правова система Євросоюзу, джерела європейського права, шляхи гармонізації права України з правом ЄС мають науковий інтерес для фахівців у галузі міжнародного та європейського права, порівняльного правознавства, теорії держави і права (Е. Аннерс, Ж.-П. Бержель, К. Дейвис, О. Дерябіна, Л. Ентін, С. Кашкін, В. Кернз, І. Кравчук, О. Лаба, Л. Луць, М. Марченко, В. Муравйов, Р. Петров, О. Стрельцова, К. Смирнова, Б. Топорнін, К. Трихліб, Т. Хартлі, І. Яковюк та ін.). Аналіз публікацій із цієї проблематики свідчить про те, що науковці розглядають нормативно-правовий акт переважно як джерело права певної правової системи (сім'ї) чи окремої галузі права. Натомість очевидною є необхідність загальнотеоретичного порівняльно-правового дослідження особливостей нормативно-правового акта, виокремлення спільних і відмінних рис у його розумінні та застосуванні в національних і наднаціональних правових системах.

**Постановка завдання.** Метою статті є порівняльна характеристика основних видів нормативно-правових актів, поширених в Україні та Євросоюзі, встановлення їх місця в системі джерел національного та європейського права.

**Виклад основного матеріалу.** Поняття нормативно-правового акта та його статус первинного обов'язкового джерела права в національній юридичній доктрині та практиці не викликає особливих дискусій. Науковці вважають, що нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, виданий уповноваженими суб'єктами нормотворчості у визначеній формі та за встановленою процедурою, який містить норми права [1, с. 195; 2, с. 342; 3, с. 364; 4, с. 127].

Дефініцію нормативно-правового акта можна зустріти й у чинному законодавстві України. Так, у Наказі Міністерства юстиції України «Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів» № 34/5 від 12.04.2005 р. зазначено, що нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою законодавством процедурою, спрямований на регулювання суспільних відносин, що містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування [5]. У п. 1.4 «Методичних рекомендацій про порядок підготовки,

подання на державну реєстрацію, скасування, обліку та зберігання нормативно-правових актів митних органів України», затверджених Наказом Державної митної служби України № 441 від 08.07.2003 р, закріплено, що нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, прийнятий чи виданий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою законодавством процедурою, який спрямований на регулювання суспільних відносин, містить нормативні приписи, розрахований на багаторазове застосування й дія якого не вичерпується одноразовим виконанням [6].

Відповідно до роз'яснення Президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання практичного вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів» № 02/-5/35 від 26.01.2000 р. нормативний акт – це прийнятий уповноваженим державним чи іншим органом у межах його компетенції офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, має загальний чи локальний характер і застосовується неодноразово [7]. Отже, як у наукових, так і в легальних визначеннях нормативно-правового акта підкреслюється, що він має офіційний характер, правоутворювальне призначення та видається уповноваженими суб'єктами нормотворчості з дотриманням встановленої законом процедури та форми акту.

Нормативно-правові акти України утворюють складну ієрархічну систему. За юридичною силою їх поділяють на закони та підзаконні нормативні акти. Закон – це нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, ухвалений відповідно до встановленої процедури парламентом або безпосередньо народом; він регулює найважливіші суспільні відносини. Законом найвищої юридичної сили є Конституція України. Вона втілює принцип верховенства права та закріплює загальні засади громадянського суспільства та держави, основи правової системи, права та свободи людини й громадянина, державно-територіальний устрій, організацію органів державної влади та місцевого самоврядування. Наступний щабель в ієрархічній структурі національного законодавства займають конституційні закони, які вносять зміни чи доповнення до Конституції, ухвалюються не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України в особливому порядку, передбаченому розділом XIII Конституції України. На відміну від конституційних, звичайні закони ухвалюються Верховною Радою України з питань, віднесених до її компетенції, більшістю від її конституційного складу. За ступенем упорядкованості виокремлюють кодифіковані закони, у яких узагальнюються та систематизуються норми права, що регулюють певну групу суспільних відносин, і поточні закони, ухвалені з окремих питань. За значенням у механізмі правового регулювання розрізняють первинні (містять у первинній редакції текст правових норм і здійснюють первинне правове регулювання суспільних відносин) і вторинні (вносять зміни і доповнення до первинних законів, затверджують, ратифікують, зупиняють, скасовують

інші акти) закони. Закони мають різні параметри дії в часі, просторі та за колом осіб [8, с. 5–7; 9, с. 54].

Крім законів, система нормативно-правових актів України містить і численні підзаконні акти – офіційні письмові документи, які видаються уповноваженими суб'єктами нормотворчості на основі законів і не повинні суперечити їм. Видання підзаконних нормативно-правових актів зумовлено складністю суспільних відносин, які потребують як законодавчого регулювання, так і більш детального, конкретизуючого правового регулювання з метою оперативного вирішення питань в окремих сферах життєдіяльності суспільства. Підзаконний нормативно-правовий акт видається на основі Конституції, законів, актів вищих органів державної влади і не може їм суперечити; ухвалюється переважно органами (посадовими особами) виконавчої влади у встановленій законом формі; предмет підзаконного правового регулювання є більш вузьким, спеціальним у зіставленні з колом питань законодавчого регулювання; розробляється та видається за більш спрощеною у порівнянні з порядком ухвалення законів процедурою; поширюється, як правило, на менше коло осіб і розрахований на менш тривалий термін дії в часі, ніж закон; є офіційним письмовим документом, який опрацьовується з урахуванням правил нормотворчої техніки, підлягає в разі необхідності державній реєстрації й оприлюднюється в офіційних друкованих виданнях.

Класифікація підзаконних нормативно-правових актів здійснюється за різними критеріями:

1) за суб'єктами ухвалення виокремлюють акти президента (нормативні укази), уряду (постанови), центральних і місцевих органів виконавчої влади (накази, розпорядження), органів і посадових осіб місцевого самоврядування (рішення) та ін.;

2) за сферою дії акта – загальні, міжвідомчі, відомчі, місцеві та локальні акти;

3) за характером нормотворчої компетенції – ухвалені в межах власної нормотворчої компетенції та ухвалені в порядку реалізації делегованих нормотворчих повноважень;

4) за порядком ухвалення – акти, ухвалені одноособово та колегіально;

5) за кількістю суб'єктів нормотворчості – акти, ухвалені одним суб'єктом владних повноважень і спільно двома або більше суб'єктами;

6) за характером відомостей, що містяться у нормативному акті, – акти з відкритим доступом й акти з обмеженим доступом;

7) за юридичними властивостями – суто нормативні та змішані акти тощо [10, с. 11].

Особливої уваги потребують акти делегованої нормотворчості (делеговане законодавство). Такі акти ухвалюються органами виконавчої влади (урядом, міністерствами, відомствами) в порядку здійснення ними делегованих парламентом законодавчих повноважень. Вітчизняний досвід застосування делегованої нормотворчості обмежується указами Президента

України, виданими відповідно до п. 4 Розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, і декретами Кабінету Міністрів України, виданими на підставі Закону України «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» від 18 листопада 1992 року. Акти делегованої нормотворчості за своєю юридичною силою займають один щабель з актами того органу нормотворчої компетенції, який делегував відповідні нормотворчі повноваження. Як слушно зауважує Я. Романов, акт делегованої нормотворчості не є підзаконним і за своєю юридичною силою займає в системі законодавства одну ланку із законами, якщо йдеться про врегулювання питань, що входять до сфери дії закону [11, с. 16].

Проведений аналіз основних видів нормативно-правових актів України свідчить про те, що в національній правовій системі вони є найбільш значущим джерелом права та забезпечують ефективне правове регулювання в різних сферах суспільних відносин.

Право Європейського Союзу є специфічною щодо національного та міжнародного права наднаціональною правовою системою, норми якої регулюють суспільні відносини, що виникають у процесі створення та функціонування європейських інтеграційних об'єднань [12, с. 63]. Джерела права Євросоюзу, на відміну від внутрішнього права держав-членів, не становлять сталої системи, здатної об'єднати всі джерела в єдине ціле. Тому під час їх класифікації важко знайти найбільш оптимальний критерій. Найчастіше за юридичною силою джерела європейського права поділяють на первинні та вторинні (або похідні).

Дещо інший підхід пропонує Л. Ентін, виокремлюючи такі види джерел права ЄС: установчі договори; законодавчі акти; підзаконні нормативні правові акти й рішення; судова практика ЄС; принципи права ЄС; міжнародні договори й угоди, які укладаються ЄС із третіми країнами та міжнародними організаціями; інші правові документи, які впливають на формування та реалізацію права ЄС [13, с. 74]. Така класифікація узгоджується з нормами Лісабонського договору, якими було запроваджено поняття законодавчих (регламенти, директиви, рішення) і незаконодавчих (всі інші правові акти) актів ЄС. Незаконодавчі акти поділяються на виконавчі (видаються Єврокомісією на основі та на виконання законодавчих актів) і делеговані (ухвалює Єврокомісія на основі повноважень, делегованих їй у законодавчих актах Європарламенту і Ради). У європейському праві нормативно-правові акти відносять до джерел вторинного права.

На думку В. Форманюка, оновлена система джерел вторинного права ЄС містить три основні категорії актів:

- 1) «законодавчі акти»: «європейські закони» (аналогічні нинішнім регламентам ЄС) і «європейські рамкові закони» (аналогічні нинішнім директивам ЄС). Передбачається, що європейські закони та європейські рамкові закони будуть ухвалюватися на основі загальної законодавчої процедури;

2) «підзаконні акти»: «європейські регламенти» (нормативні), «європейські рішення» (індивідуальні акти), рекомендації та висновки, які не мають обов'язкової сили. Директив у цьому переліку не передбачено;

3) спеціальні види актів, які ухвалюються в певних сферах і в межах спеціальної компетенції (делеговані регламенти та ін.) [14, с. 87].

Відповідно до ст. 288 Договору про функціонування ЄС Рада Міністрів та Європейська Комісія з метою виконання покладених на них завдань наділені повноваженнями видавати регламенти, директиви, рішення, надавати рекомендації та висновки.

Регламент – це нормативно-правовий акт ЄС, який встановлює загальні правила та є обов'язковим для всіх держав-членів. Він адресується не лише державам, а також їхнім фізичним і юридичним особам. Регламент має пряму дію на території держав-членів і не потребує ухвалення національними органами нормотворчості спеціальних правових актів для його імплементації. Якщо регламентом передбачено створення нових органів для імплементації нормативного акта в державі-члені чи встановлення конкретних санкцій за недотримання норм регламенту, це вимагає відповідних законодавчих дій від окремої держави-члена. Регламенти вважаються основним інструментом уніфікації права, оскільки ухвалюються в разі необхідності забезпечення однакового регулювання того чи іншого питання в усіх державах-членах. Регламент за юридичною силою дорівнюється закону в національній правовій системі.

Директива – нормативно-правовий акт Європейського Союзу, що закріплює правила загального характеру, має юридично обов'язкову силу та є обов'язковим щодо кінцевого результату, який держави-члени мають досягти відповідно до директиви. Директива містить «модельні» норми права, які держави-члени повинні відобразити у своєму законодавстві, і тому є дієвим засобом його гармонізації. Особливістю директиви є те, що держави-члени вільні у виборі форм та методів її імплементації, тобто мають простір для власного правового регулювання. У директиві зазначається період часу, протягом якого її положення мають бути впроваджені в національне право. Тим не менше директиви набирають чинності вже з дати, вказаної в директиві, або на 20-й день після опублікування їх в «Офіційному віснику Європейського Союзу». Якщо держава-член вчасно не імplementувала директиву, то вважається, що вона порушує свої зобов'язання, і це тягне за собою відповідні дії Європейської Комісії. З іншого боку, у процесі імплементації держави-члени повинні утримуватись від так званого позолочування – впровадження більш жорстких норм (правил) процедури в порівнянні з тими, що передбачені самим *acquis communautaire*. Залежно від предмета директиви та особливостей правової системи імплементація її норм у національне законодавство відбувається шляхом ухвалення нових законів та/або підзаконних актів (чи адміністративних приписів) або внесення змін у чинні нормативні акти. Директиви бувають рамковими або звичайними. Рамкові директиви встановлюють загальні принципи та

процедури, яким мають відповідати інші директиви у цій сфері. Директиви можуть адресуватися як усім, так і окремим державам-членам.

Рішення – юридично обов'язкові акти, адресовані конкретній особі чи державі або ухвалені для реалізації організаційних і практичних заходів. Рекомендації та висновки – це правові акти, які не мають обов'язкової сили та з допомогою яких інститути Євросоюзу висловлюють пропозиції або офіційні позиції з різних питань. Відносно новою формою правових актів є орієнтири Європейського центрального банку, які адресуються центральним банкам держав-членів і мають для них обов'язковий характер.

З підписанням «Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої» питання імплементації європейського законодавства починають розглядати як основу реформ у різних сферах суспільного життя, як необхідну умову політичної асоціації та економічної інтеграції України з Європейським Союзом. На Україну було покладено зобов'язання розпочати адаптацію з 1 листопада 2014 року (для положень щодо зони вільної торгівлі – з 1 січня 2016 р.), щоб «чинні закони та майбутнє законодавство поступово досягли сумісності з *acquis* ЄС» [15]. Беручи до уваги специфіку імплементації актів права ЄС в державах, які не є членами Європейського Союзу і не мають юридично закріпленої перспективи членства, впровадження в Україні норм європейського права об'єктивно має певні обмеження з огляду на особливості правової системи, інституційного забезпечення та визначені Угодою про асоціацію повноваження в тій чи іншій сфері. Так, в Угоді про асоціацію закріплене зобов'язання України імплементувати низку регламентів у національне законодавство. Проте спеціального механізму такої імплементації не передбачено ні самою Угодою (за винятком питань щодо зони вільної торгівлі), ні іншими актами інституцій Євросоюзу чи вітчизняних суб'єктів нормотворчості. Так само недостатньо розроблена й процедура перевірки відповідності нормативно-правових актів, що ухвалюються з метою імплементації права ЄС, конкретній директиві чи регламенту ЄС. Така перевірка має здійснюватися юристами та фахівцями вузького профілю, а не бути простою формальністю на зразок подання довідки про відповідність нормативно-правового акта *acquis communautaire*.

Як відомо, на Європейську Комісію покладений обов'язок стежити за дотриманням норм права Європейського Союзу. Якщо Комісія робить висновок про ймовірне порушення права ЄС, вона розпочинає проти держави-члена офіційне розслідування, спочатку на рівні адміністративної стадії, а згодом – в разі відсутності впливу таких заходів – на рівні суду. Суд Європейського Союзу має повноваження розглядати позови про невиконання зобов'язань, зокрема норм вторинного права. Україна перебуває поза межами застосування цих європейських механізмів, оскільки в жодному нормативному документі не передбачено процедури перевірки

впровадження норм вторинного законодавства ЄС у національне законодавство.

Низка директив ЄС вимагає створення спеціальних органів, що сприяють та допомагають в імплементації державам-членам ЄС, а також в організації співпраці та взаємодії між державами-членами в цьому процесі. Не будучи членом Європейського Союзу, Україна позбавлена можливості користуватися результатами роботи таких органів і обмінюватися досвідом з іншими країнами. Динамічний характер законодавства ЄС не завжди дає Україні змогу оперативно отримувати найновіші редакції документів і забезпечувати якісний їх переклад. Вищезазначені недоліки ускладнюють виконання завдань, поставлених Угодою про асоціацію України з ЄС, а отже, повинні долатися спільними зусиллями національних і наднаціональних інституцій.

**Висновки.** Адаптація українського законодавства до законодавства ЄС неможлива без розуміння особливостей правової природи нормативно-правових актів, які ухвалюються органами ЄС. Порівняльний аналіз нормативно-правових актів, поширених у європейському та національному праві, свідчить про наявність суттєвих відмінностей між ними і неоднаковий статус як джерел права. Такі розбіжності необхідно враховувати в процесі імплементації, оскільки пов'язані з нею проблеми часто обумовлені саме недооцінкою специфіки європейського права, відсутністю механізму узгодження норм європейського права з нормами національного права, технічними причинами, труднощами у запровадженні ефективного контролю за дотриманням європейського законодавства в Україні. Ці питання вимагають подальших ґрунтовних наукових розробок, які будуть корисними як для юридичної науки, так і для нормотворчої та правозастосовної практики.

### *Література:*

1. Теорія держави і права : [підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.] / [О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін.] ; за ред. О.В. Петришина. – Х. : Право, 2014. – 368 с.
2. Теорія держави і права. Академічний курс : [підручник] / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.
3. Скакун О.Ф. Теорія права і держави / О.Ф. Скакун. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – 520 с.
4. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : [навч. посібник] / П.М. Рабінович. – Вид. 10-е, доп. – Львів : Край, 2008. – 224 с.
5. Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів : Наказ Міністерства юстиції України від 12.04.2005 р. № 34/5 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 15. – С. 312.
6. Методичні рекомендації про порядок підготовки, подання на державну реєстрацію, скасування, обліку та зберігання нормативно-правових актів митних органів України, затверджені Наказом Державної митної служби України

- від 08.07.2003 р. № 441 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [uainfo.biz/legal/basete/ua-cmwuke.htm](http://uainfo.biz/legal/basete/ua-cmwuke.htm).
7. Про деякі питання практичного вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів : Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України від 26.01.2000 р. № 02/5/35 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5\\_35800-00](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5_35800-00).
  8. Процюк І.В. Види законів в Україні / І.В. Процюк // Проблеми законності. Вип. 52. – Х. : Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2002. – С. 3–9.
  9. Гайова О.В. Закони у системі джерел права України / О.В. Гайова // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ, 2010. – № 3. – С. 50–56.
  10. Романов Я.В. Підзаконні акти: загальнотеоретична характеристика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Я.В. Романов. – Харків, 2015. – 20 с.
  11. Романов Я.В. Підзаконні акти: загальнотеоретична характеристика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Я.В. Романов. – Харків, 2015. – 20 с.
  12. Бирюков М.М. Европейское право: до и после Лиссабонского договора / М.М. Бирюков. – М., Статут, 2013. – 240 с.
  13. Энтин Л.М. Право Европейского Союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 годы / Л.М. Энтин. – М. : Изд-во «Аксиом», 2009. — 304 с.
  14. Форманюк В.В. Система джерел права Європейського Союзу / В.В. Форманюк // Південноукраїнський правничий часопис. – 2015. – № 2. – С. 83–88.
  15. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011).

#### **Богачева Л. Л. Нормативно-правовой акт как источник национального и европейского права**

**Аннотация.** В статье проанализированы основные подходы к определению понятия нормативно-правовых актов в национальном и европейском праве; рассмотрены иерархическая структура отечественного законодательства и виды нормативно-правовых актов, принимаемых институтами Евросоюза; выявлены их общие и особенные черты и место в системе источников права; предложены пути усовершенствования механизма имплементации актов европейского законодательства в Украине.

**Ключевые слова:** источник права, нормативно-правовой акт, закон, подзаконный акт, регламент, директива, имплементация.

#### **Bogachova L. Legal act as a source of national and European law**

**Summary.** The article analyzes the main approaches to the concept of normative legal act on national and European law. In Ukraine, the legal act has the status of compulsory primary source of law and widely used in the mechanism of legal regulation, while in European law they are referred to secondary sources of law, which must not contradict the rules of the Treaties.

Normative legal acts of Ukraine form a complex hierarchical system. The leading role in it take laws – acts of higher legal force. The author examines the types of laws, properties of Constitution as the Basic Law of the State, peculiarities of the delegated legislation. Complex social relations require legislative and specifying by-law legal regulation. Subordinate regulations adopt-

ed by authorized entities of rulemaking – the President, the Government, ministries, central and local executive bodies, local governments have the typical signs and different classification criteria.

The Council of Ministers and the European Commission issued regulations, directives, decisions, recommendations and conclusions. Regulation has general application, is compulsory and is directly applicable in all Member States. The Directive is mandatory for each Member State to which it is addressed, but leaves it to the discretion of internal institutions the choice of form and measures they deem appropriate to achieve the objective pursued directive. The decision is legally binding acts directed at a particular person or country, or adopted for the implementation of organizational and practical measures. Recommendations and opinions are acts that have no binding force and with which the EU institutions formulate official positions on various issues.

Ukraine is not a member of the EU, and therefore implementation of European law objectively has certain limitations associated with the peculiarities of the legal system, institutional support and authority established by the Association Agreement. The article offers a solution to problems that arise in the process of approximation of Ukrainian legislation to European legal standards.

**Key words:** source of law, legal act, law, subordinate legal act, regulation, directive, implementation.

УДК 341.01

**ЗАДОРЖНА С. М.,****кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри Європейського права та порівняльного правознавства  
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича**

## **МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ПРИРОДА ПРИНЦИПУ EX AEQUO ET BONO**

**Анотація.** У статті досліджується історія зародження *ex aequo et bono*. Автор розглядає вплив основних особливостей стародавнього періоду на становлення цього принципу як природно-правового. Доводиться, що свої витoki цей принцип бере у внутрішньому праві (основна ідея римського природного права) як один з основних принципів загально-соціального права, формуючись у діяльності національних, у т. ч. судових, установ, пізніше запозичується міжнародними судами й сьогодні становить основу діяльності міжнародно-правових ад'юкаційних структур і міжнародно-правової системи загалом.

**Ключові слова:** міжнародне право, принцип справедливості, *ex aequo et bono*, *aequitas*, *jus gentium*, мировий посередник, римське право, канонічна справедливість, ст. 38 Статуту МС ООН.

**Постановка проблеми.** Справедливість є головним принципом, регулятивною ідеєю права взагалі та міжнародного зокрема, поєднувальною ланкою між природним і позитивним у міжнародному праві, що дає міжнародному праву змогу функціонувати у повній відповідності до соціально-економічних та інших реалій буття. А. Фредросс називає сполучною ланкою позитивного та природного міжнародного права загальні принципи права, які, на його думку, кристалізуються у вигляді міжнародної справедливості.

Такий зв'язок знаходимо вже в період римських глосаторів, коли принцип справедливості являв собою коректив застосування «старого» римського права до сучасного для них життя; крім того, за принципом справедливості, як і за звичаєм, визнавалась можливість (здатність) скасовувати закони. Отже, право судді керуватися під час винесення рішень міркуваннями справедливості було чітко закріплене ще в XII ст., тоді як сьогодні це право досить скептично оцінюється сучасними позитивістами. Глосатори, як і представники церковної влади, у Середні віки намагалися виводити з принципу справедливості та пов'язаного з ним природного права норми, які б відповідали сучасним потребам тодішнього суспільства.

Вічна боротьба «позитивного» і «природного» в міжнародному праві, що не припиняється з давніх-давен, завжди потребувала компромісу,

а краще балансу. Мірило такого балансу було знайдено в справедливості *aequitas* (від латинського «рівномірність, справедливість»). Полеміка про справедливість не припиняється з часів виникнення самого права, має забарвлення, що відповідає певному історичному стану розвитку самого права і повсякчас є мірилом права.

Зв'язок права зі справедливістю є складовою частиною передусім європейської правової культури. Ще стародавньому римському праву була відома максима *maxime in iure aequitas spectanda est* (найвище в праві – дотримуватись справедливості).

Одними з перших, хто філософськи обґрунтував необхідність універсального права як справедливості, осягненої розумом, що подарований людині як «громадянину світу» Богом, були стоїки. Засновник школи Зенон (336–264 рр. до н. е.) запропонував ідею вселенської республіки, що діє за спільним законом. У єдиній космічній державі, за філософією стародавньої Стої, основою є природне право, засноване на розумі (Логосі), позитивне ж право має ґрунтуватися на космополітичній моралі тобто на природному праві людини. У Давній Греції справедливість стала основою правопізнання, взаємність та еквівалентність міжнародних відносин у них повинна була базуватися на добросовісності й справедливості.

**Метою статті** стало дослідження становлення та розвитку принципу справедливості в міжнародному праві.

**Викладення основного матеріалу.** Перші вимоги принципу «справедливості» знаходимо в римському праві, вона тлумачилась каноністами як «канонічна справедливість» (зокрема, Гугучо в 13 ст.) [1, с. 98], тобто тлумачення норм римського права згідно з потребами реальних відносин задля справедливості, а пізніше постглосатори тлумачили норми відповідно до практичного життя, незалежного від того, чи вкладалися вони в межі старого римського права.

У кінці XI – на поч. XIII ст. «канонічна справедливість» (*aequitas canonica*) набуває свого найбільшого поширення та навіть переваги над цивільним юридичним правом глосаторів. Основним принципом природного права каноністи вважали заборону завдавати іншим те, що самі б не побажали для себе, і робити іншим те, що сам побажав би для себе. Сьогодні ці ідеї виведені в принцип взаємної вигоди на міжнародному рівні, причому в міжнародному приватному праві, що є ще одним свідченням того, що загальні принципи права, сформовані на основі принципу справедливості, беруть свої витoki у внутрішньому праві.

Наступне визнання «канонічної справедливості» знаходимо у світському праві, яке набуло єдності із канонічним римським правом лише в XIV ст. Постглосатори, на відміну від глосаторів, які формулювали норми римського права як ідеальні постулати, на прикладі канонічного вчення про справедливість висувують тезу про тісний зв'язок права із життям, а тому за допомогою «вільного тлумачення» римських норм формулюють нові висновки, які найбільш віддзеркалюють реальні потреби життя. Сьо-

годні ця ідея отримала подальший розвиток і значне поширення в доктрині «живого» міжнародного права та «еволютивного тлумачення» міжнародного права, що ефективно використовується органами міжнародного правосуддя на сучасному етапі.

Наука про історію права довела, що перші згадки про природну рівність сягають античності (V – IV ст. до н. е.), коли перші уявлення про рівність являли собою математичні розрахунки (Протагор, Сократ, Аристотель, Платон). Аристотель вважав рівністю справедливості щодо іншого. Тобто ще з часів античності справедливості ототожнювалась із рівністю, хоча всім відомо, що цей період часу характеризується пірамідальною структурою міжнародних відносин, нерівномірним розвитком суб'єктів і різними рівнями та видами їхнього правового статусу (їх навіть застосовують для виправдання сингулярного права). Основною ідеєю права у самих його витоків були рівність і справедливості. Ще римляни застосовують термін *aequitas* для позначення протилежностей права справедливого (*aequitas ius*) та несправедливого, що не відповідає рівності права (*ius iniquum*), зокрема в дигестах Юстиніана право називається мистецтвом добра й справедливості.

У посткласичний період римського права *aequitas* набуває релігійного забарвлення у вигляді рівності перед Богом, а в конституціях християнських імператорів *aequitas* і правосуддя мають перевагу перед нормами суворого національного права.

Поняття «справедливості» і «рівність» як центральні категорії природного права, що в міжнародному праві прийнято іменувати принципом *ex aequo et bono*, виникає у внутрішньому праві у вигляді загального принципу, однак має величезне значення і для міжнародного права як у вигляді загального принципу, так і в ролі основи для інших принципів, наприклад принципу недискримінації. Подальший розвиток в міжнародному праві цей принцип знайшов у теорії *jus cogens* та *erga omnes*, що будуть розглянуті пізніше.

У період активного розвитку міжнародного права на основі *jus gentium* особливого розвитку набуває теорія природного права, яке засновується саме на доктрині *aequitas*. Так, Т. Аквінський виводить поняття «спільного блага» як критерій справедливості міжнародного права, а схоласт Вікторія та Суарез – поняття «універсально держави», де пріоритет у відносинах держави та людини належить останній. Уже Г. Гроцій висуває ідею про первинне та вторинне *jus gentium*, де перше природне міжнародне право засноване на справедливості, а друге – узгоджене міжнародне право. Ідея Г. Гроція про право добре і справедливе було перенесене ним і на міжнародну площину.

Інший представник природної школи міжнародного права С. Пуфендорф (1632–1634) називає природне міжнародне право «універсальна соціальна етика, заснована на рівності людей» незалежно від віросповідання [2]. У наступних періодах міжнародне право та принцип справедливості

будуть покладені в основу права прав людини, яке бурхливо розвивається в епоху Відродження та не полишає еволюції й на сучасному етапі, і низки основних принципів міжнародного права, зокрема принципу суверенної рівності держав, який сьогодні зазнав значних змін у розумінні його сутності та наповнення.

Досягнення абсолютної рівності (суверенної рівності) як реалізація принципу міжнародної справедливості навряд чи може бути остаточним, однак припинення боротьби за неї може призвести до панування сили, тому, як вірно зауважує А.А. Мережко, «справедливість є процесом, а не результатом, а міжнародне право є одним із дієвих засобів боротьби за справедливість у міжнародному співтоваристві» [3, с. 20].

Принцип справедливості інкорпорується в позитивне договірне чи звичаєве міжнародне право та підтверджується загальними принципами міжнародного права, зокрема принципом заборони застосування сили чи погрози силою, принципом самовизначення народів і націй, принципом суверенітету та захисту прав людини. Крім того, міжнародна справедливість у розумінні рівності суб'єктів міжнародного права забезпечується принципом взаємності, що дає змогу досягти одного із завдань міжнародного права – встановлення балансу сил, або балансу між свободою та рівністю.

Аналогічно у філософському розумінні справедливості міжнародна справедливість не має чітко визначеного змісту, а скоріше є синтезом свободи (суверенітету держав) та рівності (принцип рівності держав). Справедливість не завжди рівність у прямому значенні, однак за особливих обставин така нерівність є найкращим виразом справедливості.

В А. Фердроса міжнародна справедливість є відправним принципом всієї міжнародної системи; на його думку, принцип є кристалізацією усіх загальних принципів права в міжнародній судовій практиці та в практиці міжнародних арбітражів зокрема. У міжнародному комерційному арбітражі широкого розповсюдження сьогодні набуває практика вирішення спорів «мировим посередником» (*amiable compositeur*, або *ex aequo et bono*) на основі принципу справедливості *equity*, тобто на підставі принципів справедливого та розумного, а не на підставі імперативних жорстких правових норм і правил. Така процедура бере свої витoki ще з часів Стародавньої Греції, пережила падіння Римської імперії та Середньовіччя. Так, претори peregrinorum, розглядаючи міжнародні спори та діючи на підставі грецьких принципів і принципів сумлінності та справедливості, приймали рішення, створене для конкретної справи, яке ґрунтувалося на нормах як римського, так і іноземного права.

Отже, принцип справедливості став основою для створення універсальних норм права (*jus gentium*) у межах судової практики римських преторів. Така практика преторів знайде своє визнання й у позитивному закріпленні можливості вирішення міжнародних спорів на підставі загальноновизнаних принципів внутрішнього права на сучасному етапі. Сьогодні

вона нормативно закріплена й «міжнародним законодавцем» у Типовому законі ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу 1985 р. (ч. 2 ст. 33) та Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ 1976 р.; як підтверджує практика, комерційні сторони частіше звертаються саме до такого способу вирішення спорів.

Принцип справедливості в міжнародному праві дає можливість міжнародному суду корегувати норми позитивного права, застосування яких призвело б до явно несправедливого результату. Тут таке тлумачення на підставі принципу міжнародної справедливості, скоріше, є засобом зменшення або пом'якшення нерівності в міжнародних правовідносинах, у сучасній теорії міжнародного права воно іменується еволютивним тлумаченням. У широкому розумінні під принципом справедливості можна побачити творчий заряд правового (еволютивного) розвитку міжнародного права, що отримується шляхом гнучкого застосування жорстких норм позитивного міжнародного права.

Зокрема, в арбітражному судовому рішенні Міжнародної палати в 1989 р. арбітражний суд зазначив, що останній «може не застосовувати у вузькому та дослівному значенні ті положення, застосування яких призведе до конфлікту рівності перед законом» [4]. На думку А.А. Мережка, такий підхід міжнародного суду пояснюється гегелівською формулою «що розумне, то дійсне, а що дійсне, то розумне» [3, с. 15].

Прикладом еволютивного тлумачення можна назвати справу ЄСПЛ *Selmouni v. France* (1999) [5], де суд, обґрунтовуючи власне рішення, назвав ЄКПЛ «живим інструментом» [6], де дії, які раніше розглядалися як «жорстоке та принизливе поводження», сьогодні тлумачаться як катування поліцією потерпілого. Отже, для забезпечення принципу справедливості судовий орган може змінювати зміст норми, саму норму, хоча і не змінює текст основного джерела норми, відмовляючись від своїх рішучих попередніх правових позицій задля забезпечення ефективності та дієвості правозахисту.

Отже, принципи *ex aequo et bono* (справедливості й доброти) як загальновизнаний принцип права базується на судовій практиці – як міжнародно-правовій, так і національній.

Приклади застосування принципу справедливості на національному рівні можна навести й з вітчизняної практики. Зокрема, узагальнений досвід практики судів загальної юрисдикції свідчить про посилення на загальні принципи права у своїх рішеннях, що є скоріше формальним чи додатковим, ніж винесення рішення суто на підставі принципу, що, на думку О. Уварової [7, с. 151–152], обґрунтовується низьким рівнем розуміння природи принципів права та, відповідно, неправильним його застосуванням, що тягне скасування таких рішень вищими інстанціями. Однак все ж таки подібні приклади існують.

Актуальним і доволі спірним питанням сучасної доктрини міжнародного права є норма ст. 38 Статуту МС ООН. У цьому аспекті жваво

обговорюються питання актуальності формулювання терміну «цивілізовані нації» та проблема ієрархії джерел, закріплених у статті та чинних зокрема. Обидві проблеми тісно пов'язані із функціонуванням принципів міжнародного права. Зокрема, щодо ієрархії, то тут треба зазначити, що ця проблема остаточно не вирішена ні в науці, ні в нормативному закріпленні, тоді як сучасна практика міжнародного суду ООН та ЄСПЛ доводить факт надання переваги принципу справедливості, ніж конкретним нормам права чи судовому прецеденту, що доводить неактуальність на сучасному етапі розвитку міжнародного права загального правила про допоміжний характер загальних принципів як джерел міжнародного права.

Чи мають загальні принципи права рівне положення поряд із договорами та звичаями? Цікавим припущенням є те, чи взагалі може бути колізія між ними. Якщо взяти колізію між принципами та звичаями, то звичай є практика, підтверджена *opinion juris*, тоді важко уявити загальновизнаність принципу, яка б суперечила такому визнанню. І в ситуації з договором також важко уявити узгодження волі держави за договором, що суперечила б основам правової системи, яку фіксують загальні принципи. Такі припущення, скоріше, є підтвердженням відсутності ієрархії щодо трьох перших джерел, згаданих у ст. 38 Статуту МС ООН, застосування яких не залежить один від одного.

На підставі загальних принципів права справедливості та розумності досить часто вирішувалися міжнародні спори щодо меж реалізації суб'єктами свого права (справи міжнародного суду ООН щодо островів Менк'є та Ейкріхос, щодо храму Преах-Віхеар, низка справ щодо делімітації континентального шельфу, справа Буркуна Фасо проти Малі 1986 р.) як джерело ідей права прав людини у справах щодо Південно-Західної Африки, у справах «Індія проти Пакистану» 1968 р., «Лівія проти Мальти» 1985 р. тощо.

Найвідомішими прикладами застосування принципу справедливості є рішення судді Гудзона 1937 року в спорі між Голландією та Бельгією, у якому суддя вказав, що принцип справедливості є частиною міжнародного права: «Відповідно до ст. 38 Статуту або незалежно від цієї статті суддя має певну свободу розглядати принцип справедливості в межах міжнародного права, яке повинно бути застосоване» [8, с. 104].

Що ж до терміну «цивілізовані», то він давно перестав відповідати сучасним реаліям міжнародного співіснування та вимагає термінового перезавантаження усієї статті 38 Статуту міжнародного суду ООН. Зокрема, О. Києвець [9, с. 78] стверджує, що «цивілізованою» у змісті ст. 4 Статуту ООН вважається «миролюбна» нація, Ф. Раймондо [10, с. 52–53] вважає «цивілізованою нацією» ту, право якої відповідає міжнародним стандартам захисту прав людини, а ряд авторів, у т. ч. і зарубіжних, стверджують про зайвість такого терміну в тексті статті.

На нашу ж думку, при редагуванні норми п. «с» ст. 38, варто брати до уваги той момент, що міжнародне право як «живий організм» постійно

еволюціонує, а тому обмежувати «загальні принципи» суб'єктною ознакою – означає звужувати його зміст. Суб'єктний склад сучасних міжнародних відносин якісно та кількісно еволюціонував із часу ухвалення чинної редакції цієї норми, та можливий подальший його розвиток також виключати не можна, а тому варто було б не обтяжувати термінологічно формулювання цього пункту щодо суб'єктного чи іншого (зокрема, часового чи якісного) навантаження. Загальні принципи права за своєю природою є явищем соціальним, а тому повинні застосовуватись відповідно до реальних, життєво необхідних потреб кожного історичного етапу розвитку соціуму.

Досить популярним є твердження про те, що стандартом цивілізації є західна цивілізація, а принципи, що склалися на основі європейських та американських стандартів, у процесі раціоналізації повинні скласти основні принципи цивілізованих народів, однак географічна класифікація сьогодні не модна, оскільки більшість питань міжнародно-правового характеру вирішується на рівні міжнародних організацій, чії норми все частіше показують більший коефіцієнт ефективності (наприклад, МВФ встановлює стандарти законодавства шляхом певних умов).

На сучасному етапі розвитку міжнародного права формується підхід до надання пріоритету у вирішенні міжнародних проблем недержавним учасникам та зменшення ролі принципу суверенної рівності держав. Так, на думку М. Панезі [11, с. 73], сучасний суддя під час вирішення міжнародного конфлікту повинен не звертатися до вивчення національних систем із розглядуваного питання та пошуку спільних норм, а знайти загальні принципи регулювання у розглядуваній галузі. Глобальна участь держав у спільному вирішенні проблем в межах міжнародних організацій надає розробленим ними стандартам найбільшого визнання, оскільки до участі в розробленні запрошуються якомога більше зацікавлених у вирішенні проблеми сторін, а відповідно, досягаються найбільші узагальненість та універсальність шляхом досягнення найширшого консенсусу, регулятивна ефективність зокрема. Саме тому загальні принципи (стандарти) як інструмент для інноваційної оцінки соціальних явищ меншою мірою прив'язані до традиційного уявлення про державний суверенітет.

На думку австрійського вченого А. Фердроса, за змістом п. «с» ст. 38 Статуту ООН стосується лише загальних принципів внутрішньодержавного права, які в силу суспільної необхідності можуть застосовуватись для вирішення міжнародних спорів з урахуванням особливостей міжнародно-правового регулювання. Тоді як загальні принципи права як фундаментальні засадничі норми міжнародного права властиві усім правовим системам, оскільки випливають із соціальної природи усіх людських спільнот (людяність, добросовісність), вони стоять вище міжнародного права, тобто є нормами *jus cogens*, є орієнтирами справедливості для усіх позитивних норм міжнародного права. Повне перезавантаження ст. 38 має врахувати право суду дати відповідь на питання, чи можна вирішити спір і врегулю-

вати відповідне міжнародне правовідношення на підставі принципу справедливості.

Певної гнучкості отримують і норми міжнародного права, зокрема згідно зі ст. 59, 74 Конвенції ООН із морського права 1982 р. конфлікти щодо виключної економічної зони повинні вирішуватись сторонами на підставі справедливості шляхом укладення угод, з метою досягнення справедливого рішення. Згідно з Конвенцією про несудохідні види використання міжнародних водовідтоків 1997 р. держави повинні використовувати міжнародні відтоки справедливим і розумним чином.

**Висновок.** Отже, проаналізувавши історію становлення принципу *ex aequo et bono* в міжнародному праві, можна сказати, що свої витoki принцип бере у внутрішньому праві (основна ідея римського природного права) як один із основних принципів загальносоціального права, формуючись у діяльності національних, у т. ч. судових, установ; пізніше запозичується міжнародними судами та сьогодні становить основу діяльності міжнародно-правових ад'юкаційних структур і міжнародно-правової системи загалом.

#### Література:

1. Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений: элементы международного права в трудах легистов XII – XIV вв. / В.Э. Грабарь. – Юрьев : Типография К. Маттисена, 1901. – 305 с.
2. Антисери Д. Западная философия от истоков до наших дней. От Возрождения до Канта / Д. Антисери, Дж. Реале. – С.-Петербург : «Пневма». – 2002. – 880 с.
3. Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права / О.О. Мережко. – К. : Юстініан, 2010. – 316 с.
4. Aguilar Alvarez, Guillermo, note to ICC Award No. 4972, Clunet 1989, at 1105 et seq. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.trans-lex.org/919000/print>.
5. Рішення ЄСПЛ у справі *Selmouni v. France* від 28.07.1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int>.
6. Аналогічні справи ЄСПЛ: Косці проти Об'єднаного Королівства 1978 року, Маркс проти Бельгії 1979 року, Тілер проти Об'єднаного Королівства 1978 року, Джеймс та інші проти Об'єднаного Королівства 1986 року та інші [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int>.
7. Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : [монографія] / О.О. Уварова ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». – Х. : Друкарня МАДРИД, 2012. – 196 с.
8. Malcolm N. Shaw International Law / N. Malcolm. – Cambridge University Press, Sixth edition. – 2008. – 1710 p.
9. Київцев О. Джерело міжнародного права як природно-правова категорія / О. Київцев // Публічне право. – 2011. – № 1. – С. 76–81.
10. Raimondo F. General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals / F. Raimondo. – BRILL, 2008 – 212 p.
11. Panezi M. Sources of Law in Transition Re-visiting General Principles of International Law / M. Panezi // *Ancilla Iuris*, 2007. – P. 66–79.

**Задорожная С. М. Международно-правовая природа принципа *ex aequo et bono***

**Аннотация.** В статье исследуется история зарождения *ex aequo et bono*. Автор рассматривает влияние основных особенностей древнего периода на становление этого принципа в качестве естественно-правового. Доказывается, что свои истоки принцип берет во внутреннем праве (основная идея римского естественного права) как один из основных принципов общесоциального права, формируясь в деятельности национальных, в т. ч. судебных, учреждений; позже заимствуется международными судами и сегодня составляет основу деятельности международно-правовых адьюкционных структур и международно-правовой системы в целом.

**Ключевые слова:** международное право, принцип справедливости, *ex aequo et bono*, *aequitas*, *jus gentium*, мировой посредник, римское право, каноническая справедливость, ст. 38 Статута МС ООН.

**Zadorozhna S. International legal nature of the principle of *ex aequo et bono***

**Summary.** The article examines the history of origin *ex aequo et bono*. The author examines the influence of the main features of the ancient period to the establishment of the principle, as a principle of natural law. It is proved that the principle is established in domestic law (Roman main idea of natural law) as one of the basic principles of general social law, forming a national activity, including the judiciary, later borrowed by international courts and now forms the basis of international legal justice and international legal system as a whole.

The concept of “fairness” and “equality” as a central category of natural law, that in international law generally called principle of *ex aequo et bono*, occurs in domestic law as a general principle, however, is of great significance for international law, both as a general principle and as a basis for other international principles, such as the principles of non-discrimination.

Justice is the main principle, the idea of regulatory law in general, and particularly international, connecting link between natural and positive international law that international law allows to operate in full compliance with socio-economic and other realities of life. The principle is the link positive and natural international law, general principles of law, which in his opinion are crystallized in the form of international justice.

**Key words:** international law, principle of equity, *ex aequo et bono*, *aequitas*, *jus gentium*, conciliator, Roman law, canonical justice, Art. 38 Statute of International Court of Justice.

УДК 341.01

**КУЧУК А. М.,**

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

## **ДЖЕРЕЛА ПРАВА: МІЖНАРОДНИЙ І ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ**

**Анотація.** У статті висвітлюються розуміння джерел права, що використовуються в міжнародному праві та загальній теорії права. Автор аналізує основні міжнародні акти, у яких називаються джерела міжнародного права, співвідносячи їх із теорією права щодо джерел права. Акцентується увага на особливостях розуміння джерел права, що визначені Статутом Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй.

**Ключові слова:** *opinio juris*, загальні принципи права, міжнародна конвенція, міжнародний звичай, релігійна норма.

**Постановка проблеми.** Для держав питання організації співпраці з іншими державами завжди було доволі важливим напрямом її діяльності, одним із пріоритетних завдань публічної влади, факторами цього були як географічне розташування (ця проблематика певною мірою була протягом тривалого часу неактуальною для острівних держав, але таких уже не так і багато, до того ж питання розвитку власного суспільства так чи інакше змушувало комунікувати з іншими державами), так і розвиток науки та техніки, що спричиняло вихід людини за межі локального. До цього додавались і психологічні фактори, зокрема природна схильність людини до порівняння, яке і є рушієм прогресу. Саме порівняння є тим засобом, що змушує людину удосконалюватися та зрештою самореалізуватися. Порівнюючи, суб'єкт виявляє позитивні та негативні риси об'єктів, визначає напрями довершення стану речей тощо.

Інтеграція держав не може не впливати на право. Слід зауважити, що й саме право може бути як каталізатором, так й інгібітором інтеграції. Так, системи права, що ґрунтуються на релігії, є доволі закритими та фактично не сприймають можливість існування іншого погляду на світ, інших правил, ніж ті, що передбачені нею. У зв'язку із цим не можна не згадати те, що офіційно Ватикан лише нещодавно сприйняв ідею рівності прав людини (зокрема, гендерну рівність), хоча й зараз релігійними нормами передбачена ціла низка заборон, суб'єктом яких є саме жінка. Більш того, в Ірландії, у якій дуже сильний регуляторний вплив на поведінку людини має релігія,

зокрема християнство, лише на початку XX століття було дозволено розірвання шлюбів (крім цього, було розглянуто рішення Європейського суду з прав людини, яке стосувалося питання абортів), і не без впливу європейської спільності. Або згадаємо закон Англії про розлучення до 1969 року, який передбачав такі підстави розлучення: зрада, жорстоке поводження, одне з подружжя залишає іншого.

Отже, важливим у цьому контексті є розгляд джерел міжнародного права у співвідношенні з джерелами права, що виокремлюються загальною теорією права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Загалом слід вказати на достатню увагу, що приділяється науковцями темі джерел міжнародного права. Це такі автори, як І.М. Городинський (ієрархія джерел міжнародного права), О.В. Київець (природа джерел міжнародного права), І.І. Лукашук (загальна характеристика джерел міжнародного права), О.О. Мережко (проблемні аспекти розуміння джерел міжнародного права), М.М. Мінасян (джерела сучасного міжнародного права), Ю.В. Щокін (співвідношення окремих джерел міжнародного права) та інші.

Не менша увага приділяється науковцями й питанню джерел права. Згадаю, зокрема, таких, як С.В. Бошно (комплексне дослідження джерел права), Н.М. Пархоменко (проблеми теорії та методології джерел права), Р.Б. Тополевський (системні зв'язки юридичних джерел права) тощо. При цьому достатньо висвітленими є й окремі джерела права. Однак питання співвідношення форм міжнародного права та форм права майже не висвітлювались.

**Мета дослідження** – висвітлення підходів до джерел права, що існують у міжнародному праві та загальній теорії права.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду цей суд, розв'язуючи спір на основі міжнародного права, використовує такі джерела: «а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, визнані державами, між якими розв'язується спір; б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право; в) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями; г) із застереженням, зазначеним у статті 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців із публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм» [1].

Таким чином, ця стаття містить указівку на такі джерела міжнародного права: по-перше, прескриптивний текст (що актуалізує нормативістський підхід до розуміння права); по-друге, звичай (що актуалізує історичний підхід до розуміння права); по-третє, принципи права (що актуалізують природно-правове розуміння права); по-четверте, судовий прецедент (що актуалізує соціологічне розуміння права); по-п'яте, правову доктрину (що актуалізує історичне розуміння права).

Водночас відповідно до ч. 2 ст. 38 Статуту Міжнародного суду наведені положення, у яких визначаються джерела міжнародного права, що

використовуються Міжнародним судом, не позбавляють останнього права приймати рішення у справі *ex aequo et bono* (за принципом добра та справедливості), якщо не заперечують сторони [1].

Зауважимо, що традиційно як джерела (форми) права в теорії права називають: нормативно-правовий акт, нормативний договір, загальні принципи права, правовий звичай, правовий прецедент, правову доктрину, релігійно-правовий текст [2, с. 196].

Порівняння цих форм із формами, зазначеними вище, дає підстави зробити висновок про невикористання Міжнародним судом (і, відповідно, невизнання як форми міжнародного права) релігійно-правового тексту, навіть якщо урахувати ч. 2 ст. 38 Статуту Міжнародного суду, адже «добро і справедливість» різними релігіями тлумачаться по-різному. Наприклад, як указує В.О. Кушніренко: «Класичне мусульманське право обмежує свободу немусульман брати участь у публічному житті та в управлінні державою. Таке обмеження явно суперечить принципам рівності та відмови від дискримінації громадян, що передбачено вимогами сучасного конституціоналізму та нормами міжнародного права» [3, с. 35]. Або, наприклад, відомим є ставлення окремих християнських організацій до права обирати чи права на медичну допомогу: так, свідки Іегови не беруть участь у виборах, оскільки вважають себе громадянами Царства Іегови (розглядаючи при цьому державний прапор як символ ідолопоклонства).

У зв'язку з наведеним вище не можна не згадати слова Л. Фейербаха відносно того, що «якщо одна і та ж істота одночасно мислить і вірить, то й образи релігії виражають одночасно думки й речі. Кожна певна релігія, кожне вірування є водночас певним способом мислення; адже жодна людина не може вірити в те, що суперечить її образу думки і уявленню. Віра як така теж вважає свої предмети незбагненими, такими, що суперечать розуму, але вона робить відмінність між християнським і язичницьким, освіченим і природним розумом» [3, с. 8].

Релігія є одним із чинників, що формують світосприйняття і впливають на сприйняття права як регулятора суспільних відносин, посилює соціокультурні відмінності (різні релігії й навіть окремі напрями/течії можуть суттєво відрізнятися один від одного), що є фактором посилення глокалізації і правового поліцентризму. Знову ж таки візьмемо для прикладу Туреччину. Вона проголосила себе світською державою, однак сильний вплив на реалізацію державної політики до сьогодні має іслам. «Іслам – це спосіб легітимізації й одночасно технологія гарантованого перебування при владі. Іслам у країні, де умовно 99% виборців є його ревними прибічниками, дає гарантію, що виборці, котрі перебувають у повній ідеологічній залежності від релігійних зверхників, голосуватимуть за того, на кого ці релігійні авторитети вкажуть. Іслам переконує людей, що західні демократичні форми контролю за діяльністю обраного народом президента-лідера не потрібні й навіть шкідливі», – зазначає Ю. Сандул [5]. Отже, навіть у державі, проголошеній світською, релігія відіграє значну роль, особливо

визначальною є її значення в державах, що утворюють релігійну правову сім'ю.

Наступним важливим питанням, що піднімається у зв'язку із зазначеним вище щодо співвідношення форм права у теорії права та форм міжнародного права, є розуміння принципів права. У зв'язку із цим не можемо не згадати слова О.Д. Тихомирова про те, що «форми пізнання принципів права так само різноманітні, як і власне принципи права, тому сумнівним є можливість існування єдиної та істинної (теорія, концепція, вчення) про них. Більше того, кожна з наявних форм пізнання принципів права (філософія, наука, релігія, міфологія, практичне і повсякденне пізнання) відбиває та розуміє правовий світ властивими їй засобами, прийомами, способами, формує в результаті цього своєрідні картини світу, які стають регуляторами поведінки й мислення їхніх прихильників і через останніх беруть участь у перетворенні світу» [6, с. 53].

Загалом не можна не визнати того, що принципи є важливим засобом впорядкування суспільних відносин: визначаючи правила поведінки, вони регулюють поведінку людини. Ці правила поведінки є загальними, а не персоніфікованими й розраховані на неодноразову реалізацію.

Таким чином, виходячи з вищевикладеного міжнародне право не може ґрунтуватися на нормативізмі (позитивізмі), адже його формою є принципи права, визнані цивілізованими націями. Крім цього, важливою формою міжнародного права є міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право. Адже загальновизнаним є погоджувальний характер норм міжнародного права, який належить не лише до норм міжнародних договорів, але й до міжнародного звичаю.

«Державні органи у зовнішніх стосунках користуються рівними імунітетами та привілеями, а акти держави відповідно до принципу *par in parem non habet imperium* (рівний над рівними не має влади) не підлягають юрисдикції інших держав», – цілком слушно зауважує О. Мережко [7, с. 64]. Хоча слід зазначити, що мова має йти про узгодження не лише волі держав, але й інших суб'єктів міжнародного права. Водночас не можна не погодитися й з А.В. Трояновським, який, посилаючись на засновника юридичного нормативізму Г. Кельзена, зазначає: останній вважав, що обґрунтування створення звичаєвих норм міжнародного права шляхом згоди держав було б можливим за умови, що така звичаєва норма створюється діями всіх держав, які нею пов'язуються, або що вона (норма) є обов'язковою для держави тільки в тому разі, якщо вона (держава) своїми діями брала участь у створенні цієї норми. При цьому необхідно враховувати, що норми міжнародного звичаю є обов'язковими для усіх держав, а тому необхідно було б доводити, що усі держави, на які поширюється дія цього міжнародного звичаю, висловили згоду з іншими державами щодо його утворення та фактичного застосування [8, с. 302]. Звісно, що практично це майже неможливо, тому, говорячи про міжнародний звичай, не можна говорити про узгодження волі усіх держав, які його створюють. Хоча

слід згадати, що в наведеній вище ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН не просто вказується на міжнародний звичай, але й передбачається визнання його (практики) як права.

Однак найбільш проблемною у цьому аспекті виявляється сама процедура (порядок) визнання правила як права – *opinio juris*. Так, у відомій справі «Нікарагуа проти Сполучених Штатів Америки» Міжнародний суд Організації Об'єднання Націй мав з'ясувати, які норми звичаєвого права повинні застосовуватися до цього спору. Для розв'язання цього завдання він «повинен розглянути питання, чи існує звичаєве правило в *opinio juris* держав, і переконатися в тому, що це підтверджується практикою» [9] При цьому наявність усталеної практики – наявність звичаєвого правила у відносинах між державами – не вказує на наявність міжнародного звичаю як форми міжнародного права: важливим є саме *opinio juris*. Як приклад такої відмінності наведемо слова Олени Київець, яка, посилаючись на Макса Соеренсена, указує: «Макс Соеренсен (Max Soerensen) навів достатньо тривіальний приклад узвичаєння, який, тим не менш, чітко ілюструє суть феномену необов'язковості тривалої та одноманітної практики, зазначивши, що нікого не дивує той факт, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Якщо дипломатичне листування буде вестися на папері іншого кольору, це не буде порушенням норм міжнародного права» [10, с. 115].

Важливо урахувати, що, як ми уже з'ясували, не можна не погодитися з тезою Г. Кельзена відносно того, що міжнародний звичай не може тлумачитися як такий, що створений узгодженням волі усіх членів міжнародного співтовариства.

У зв'язку із цим слід зазначити, що норми міжнародного права можуть створюватися і в результаті виявленої волі двох держав, точніше двох суб'єктів міжнародного права (зважаючи на зазначене, не можна не згадати про дискусійність назви «міжнародне право», адже його норми передусім стосуються не народів, а держав, відтак мова повинна йти про міждержавне право. Не вдаючись у дискусію із цього приводу, що виходить за межі нашого предмету дослідження, зауважимо, що, як указує І.І. Лукашук, така назва – міжнародне право – пов'язана з історією розвитку явища, що розглядається. «У середні віки, коли з'явилася ідея права, що регулює відносини між державами, юристи в пошуках необхідного терміну звернулися до авторитету римського права. Останнє не залишило ніяких слідів, які могли б свідчити про існування чогось подібного до міжнародного права. Але йому було відомо поняття *jus gentium* (право народів). Цим поняттям іменували норми, що регулювали відносини римських громадян з іноземцями та останніх між собою на території Риму, а також норми, загальні для низки держав. Надалі назва була модифікована – *jus inter gentes* (право між народами)» [11, с. 14].

Важливе значення для висвітлення предмету нашого дослідження має зазначена в рішенні «Барселона трекин, лайт енд пауер» концепція *erga*

*omnes* (відносно усіх), яка передбачає, що кожна держава як член міжнародного співтовариства є носієм обов'язків відносно останнього, й у виконанні якої зацікавлені усі держави.

Крім цього, не можна не згадати про визнання на міжнародному рівні існування «загального міжнародного права» та наявності імперативних норм (*jus cogens*). Так, наприклад, відповідно до ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року «договір є нікчемним, якщо на момент укладення він суперечить імперативній нормі загального міжнародного права. Оскільки це стосується цієї Конвенції, імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається і визнається міжнародним співтовариством держав загалом як норма, відхилення від якої недопустиме та яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що мала б такий же характер» [12].

У зв'язку із цим заслуговує на особливу увагу визначення міжнародного права як «системи норм, які визнаються міжнародним співтовариством (суспільством) як правові та які регулюють відносини в межах цього співтовариства» [7, с. 67].

Водночас не можна не згадати й того, що в літературі з міжнародного права вказується на приклад перманентного порушення положень Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 року, які при цьому вважаються обов'язковими до виконання (у тому числі й державами, які не приєдналися до них). Генеральний секретар Організації Об'єднаних Націй, як указують В.Е. Теліпка й А.С. Овчаренко, з цього приводу зазначив: «Незважаючи на те, що Ізраїль *de jure* не визнав можливість застосування до нього четвертої Женевської конвенції, тим не менше *opinio juris* світової спільноти полягає в тому, що вона повинна застосовуватися» [13, с. 51]. До цього слід також додати, що уже згадувана Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року передбачає, що «держава може при підписанні, ратифікації, прийнятті або затвердженні договору, або приєднанні до нього формулювати застереження, за винятком тих випадків, коли: а) це застереження забороняється договором; б) договір передбачає, що можна робити тільки певні застереження, до числа яких це застереження не належить; або в) у випадках, які не підпадають під дію пунктів «а» і «б», застереження є несумісним з об'єктом і цілями договору» [12].

Отже, неважко гіпотетично уявити ситуацію, за якою у відносинах, наприклад, між державами А і Б не діють (у силу застереження) окремі норми певної конвенції, у відносинах держави Б і В не діють (у силу застереження) інші норми тієї ж конвенції, між державами Г, Д, Е, Є, Ж – ще окремі норми. У результаті цього, якщо це не забороняється самим міжнародним договором, кожна з норм міжнародного договору є чинною для декількох держав, що цілком логічно спричиняє появу питання про наявність загального міжнародного права.

Водночас не можна не погодитися, що «міжнародне право є доволі динамічним явищем соціального життя й перебуває в процесі постійного

становлення, розвитку. Саме тому виявляється вельми складно «ухопити» його позаісторичну чи надісторичну сутність у вигляді якоїсь незмінної ідеї» [7, с. 63].

**Висновки.** Таким чином, результати співвідношення джерел міжнародного права і джерел права у теорії права дає змогу зробити висновок про певний їх незбіг. Міжнародне право не розглядає як джерело права релігійно-правовий текст, що є цілком логічним і закономірним та вказує на наявність явища правового поліцентризму та неможливості релігії виступати об'єднувальним фактором, підґрунтям моралі (на відміну від принципів права).

### *Література:*

1. Statute of the international Court of justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER\\_II](http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II).
2. Теорія держави і права : [підруч.] / кол. авт. ; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – 2-е вид. перероб. і доп. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015 ; Ліра ЛТД. – 468 с.
3. Кушніренко В.О. Проблема суверенітету та громадянства в контексті осучаснення історичної шаріатської політико-правової доктрини / В.О. Кушніренко // Магістеріум. – Випуск 46. Політичні студії. – С. 34–37.
4. Фейербах Л. Сущность христианства // Фейербах Л. Избранные философские произведения в 2 томах. – Том 2. – М. : Полит. лит-ра, 1955. – С. 7–305.
5. Сандул Ю. Влада та іслам: хто головніший у Туреччині / Ю. Сандул [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrinform.ua/rubric-politycs/2056325-vlada-ta-islam-hto-golovnisij-u-tureccini.html>.
6. Тихомиров О.Д. Принципи права в компаративістському контексті / О.Д. Тихомиров // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 52–57.
7. Мережко О. Поняття та сутність сучасного міжнародного права / О. Мережко // Юридичний журнал. – 2008. – № 7–8. – С. 60–72.
8. Трояновский А.В. Методологические проблемы установления opinio juris / А.В. Трояновский // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція. – 2013. – № 5. – С. 302–309.
9. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Judgment of 27 June 1986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>.
10. Київцев О. Opinio juris як кваліфікуюча ознака міжнародного звичаю: практика міжнародного суду ООН / О. Київцев // Юридична Україна. – 2010. – № 6. – С. 115–121.
11. Лакушук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов / И.И. Лукашук ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.
12. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_118)
13. Теліпко В.Е. Міжнародне публічне право : [навч. посіб.] / В.Е. Теліпко, А.С. Овчаренко; за заг. ред. Теліпко В.Е. – К. : Центр учбової літератури, 2010. – 608 с.

**Кучук А. Н. Источники права: международный и теоретико-правовой аспекты**

**Аннотация.** Статья посвящена пониманию источников права, которые используются в международном праве и общей теории права. Автор анализирует основные международные акты, в которых указываются источники международного права, соотнося их с теорией права относительно источников права. Акцентируется внимание на особенностях понимания источников права, которые определены Уставом Международного суда Организации Объединенных Наций.

**Ключевые слова:** *opinio juris*, общие принципы права, международная конвенция, международный обычай, религиозная норма.

**Kuchuk A. Sources of law: international and theoretical and legal aspects**

**Summary.** The article elucidates conception of sources of law that are used in international law and the general theory of law. The author analyzes fundamental international acts where the sources of international law are mentioned correlating them with the theory of law concerning the sources of law.

Statute of the International Court of Justice provides as the sources of international law the following:

- a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c) the general principles of law recognized by civilized nations;
- d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Thus, the article contains a reference to such sources of international law as: first, prescriptive text (that actualizes normativity approach to understanding of law); second, the custom (that updates the historical approach to understanding of law); thirdly, the principles of law (which actualizes natural law understanding of law); fourth, judicial precedent (that actualizes sociological understanding of law); fifth, the legal doctrine (which actualizes the historical understanding of law).

Although the statute indicates that «This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto».

General theory of law provides as the sources of law: normative and legal act; normative contract; general principles of law; legal custom; legal precedent; legal doctrine; religious and legal text.

Comparison of the forms of law with the forms of international law allows the author to draw a conclusion about not using by the International Court (and therefore non-recognition as a form of international law) of religious and legal text (even if we take into consideration part 2 article 38 of the International Court of Justice) because “good and justice” are interpreted differently in various religions.

**Key words:** *opinio juris*, general principles of law, international convention, international custom, religious norm.

УДК 341.01

**МОВЧАН Ю. В.,**

**кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,  
керівник правового напрямку  
ГО «Центр ефективного законодавства»**

## **ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЯК ІНДИКАТОР НОРМАТИВНОЇ МОДАЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ**

**Анотація.** Статтю присвячено аналізу нормативної модальності міжнародно-правових норм у контексті їх легалізації. Встановлено вплив змісту, форми закріплення та правових наслідків міжнародно-правових норм на їхню нормативну модальність. Досліджено м'які та тверді техніки (методи), що застосовуються різними інституціями в ході міжнародної нормотворчості, та їх вплив на модальність міжнародно-правової норми.

**Ключові слова:** міжнародне право, міжнародно-правова норма, міжнародна нормотворчість, легалізація, легітимація, м'яке право.

**Постановка проблеми.** Одного разу в книзі знаменитого британського нейрофізіолога Фріта К. я натрапила на цікаву алюзію про точні та «неточні» науки. Він зазначає, що в системі наукової ієрархії точні науки займають високе положення, а «неточні» – низьке. Предмети, що вивчаються точними науками, подібні до огранованого алмаза, у якого є певна строга форма, а всі параметри можуть бути виміряні з високою точністю. «Неточні» науки вивчають предмети, схожі на кульку морозива, форма якого далеко не настільки визначена, а параметри можуть змінюватися від вимірювання до вимірювання [3, с. 60].

Застосувавши ці науково-кулінарні алюзії до міжнародного права, я подумала про те, що наука міжнародного права ніяк не може бути морозивом; це, скоріше, кулька солодкої вати в силу своєї «повітряної» основи. «Повітряна» основа міжнародного права створюється насамперед завдяки його гнучкості. Ця гнучкість обумовлена та має ряд причин. По-перше, це питання кінцевого продукту – міжнародно-правової норми, а по-друге – питання, безумовно, самих суб'єктів, що беруть участь у процесі їх створення. У сукупності предметно-суб'єктний склад і створює загальну динаміку міжнародного права. Але виникає питання співвідношення таких категорій, як «легалізація» та «легітимація» міжнародно-правових норм, і, як наслідок, питання їхньої нормативної модальності.

**Актуальність теми дослідження.** У сучасній науці міжнародного права питання модальності міжнародно-правових норм розглядається пе-

реваючо через призму їх ієрархії, і лише невелика кількість наукових робіт присвячена питанням легалізації міжнародно-правових норм, що актуалізує необхідність комплексного наукового аналізу цього питання та зумовлює важливість наукового пошуку в цьому напрямі.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі аспекти дослідження нормативної модальності знайшли відображення переважно у роботах, присвячених дослідженню «м'якого» та «твердого» права. Це праці Д. Віппмана, Дж. Дуноффа, М. Оберга, С. Ратнера та інших. Питанню легалізації міжнародно-правових норм присвячені роботи А. Гузмана, А. Кеннета, Т. Меєра, Д. Снідала, Я. Харда та інших. Проте зазначені роботи не містять комплексного підходу до нормативної модальності міжнародно-правових норм у контексті їх легалізації.

**Метою статті** є визначення впливу легалізації міжнародно-правової норми на її нормативну модальність.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Більшість дослідників стоять на позиції, що легітимація як категорія відображає визнання та межі поведінки суб'єкта міжнародної правотворчості на міжнародній арені, його ставлення до подальшої легалізації міжнародних відносин у конкретних правових нормах. Вона приводить до того розширення та поглиблення міжнародного права, у результаті якого воно регулює все більше сфер за допомогою процесів і механізмів, що впливають на внутрішні інтереси держав, впливаючи, по суті, на національний суверенітет [8, с. 28].

Легітимація впливає на потенційні дії держав у міжнародних переговорах і певною мірою дає державам переваги, які не могли бути отримані в односторонньому порядку [9, с. 7]. Вона передбачає правомірні дії суб'єктів у межах міжнародного права, спрямовані на досягнення певного впливу в міжнародних відносинах. Цей процес можливий лише за наявності відповідної легітимації учасників, що мають певні типи поведінки.

Щодо впливу суб'єктів на міжнародній арені Я. Хард зазначає, що легітимні інститути в міжнародній спільноті мають три основні типи поведінки: вплив на внутрішній склад національних суб'єктів; вплив на структуру сил у межах міжнародної системи; вплив на формування ресурсів, наявних для всіх суб'єктів у цій системі [7]. Однак такий підхід, що базується на безумовному впливі, не враховує відхід сучасного міжнародного права від волюнтаристської теорії, свідченням чого є зобов'язання *erga omnes*.

Гнучкість, притаманна волюнтаристській теорії, призводить до нівелювання ієрархічного елемента, властивого окремим нормам міжнародного права. Це тягне за собою зникнення кордонів між *jus cogens* і *jus dispositivum* [10, с. 4] і приводить до того, що міжнародне право перетворюється на якусь аморфну систему норм, яку можна охарактеризувати як *jus neutrum* (*jus voluntarium*), у якій немає місця ієрархії, іманентну для норм *jus cogens* і, що гірше, норм *erga omnes*.

Тому більш важливим є процес міжнародної нормотворчості, що виявляється в легалізації міжнародних відносин у конкретних правових

нормах. Примітним у цьому аспекті є підхід М. Райсмана, який розглядає міжнародну нормотворчість з позиції процесу та результату. Він визначає його як «процес комунікації, за якого три коаксіальні повідомлення змінюють, створюють і підтримують очікування влади та контролюють цільову аудиторію» [12]. При цьому в основі його визначення лежить телефонна модель комунікації, яка щодо міжнародної нормотворчості містить три лінії комунікації: політичний зміст, сигнал влади і намір контролю. Грунтуючись на такому підході, він зазначає, що, наприклад, резолюції ОПЕК можуть бути ефективними в певних контекстах, але вони не можуть бути охарактеризовані як класичні міжнародно-правові норми, оскільки не мають сигналу влади та належного наміру з контролю. При цьому спірним в концепції М. Райсмана виглядає елемент «модальності» міжнародно-правової норми, яку він прив'язує до суб'єкта законотворчого процесу, але, відповідно, не враховує ступінь її легалізації. Він зазначає, що міжнародна система виробляє документи «законодавчого жанру» з хаотичним ентузіазмом, відзначаючи, що багато з них не є правом. З його аналізу випливає, що під «правом» він мав на увазі виключно юридично обов'язкові норми. Норми, що мають рекомендаційний характер, він характеризує як «удавану законотворчість», називаючи її результати *lex simulata* або *lex imperfecta*. Як приклад «удаваної законотворчості» він наводить діяльність Генеральної Асамблеї, яка, формально не маючи законотворчої компетенції, іноді може видавати норми правового характеру.

У сучасній доктрині міжнародного права такий підхід не є поодиноким. У цьому аспекті Т. Нешатаєва зазначає, що регулювання міждержавних відносин за допомогою рекомендаційних норм викликало широку та серйозну дискусію в західній і вітчизняній міжнародно-правовій літературі. У ході обговорення цього питання сформувалася концепція про поділ міжнародного публічного права на «м'яке» право (*soft law*, рекомендаційні норми) і «тверде» право (*hard law*, обов'язкові норми). Вона справедливо стверджує, що якщо процедура дає змогу створювати правові акти не обов'язкового характеру, то можна вести мову про те, що правова система допускає розподіл норм на обов'язкові та рекомендаційні. Визначаючи модальність міжнародно-правових норм, дослідниця виходить із позиції ієрархії джерел міжнародного права. На її думку, процесуальні кордони міжнародної правотворчості визначаються лише стосовно обов'язкових джерел – договорів і звичаїв [2, с. 107–109].

Однак, якщо говорити про матеріальні норми, що приймаються в межах міжнародних організацій, не можна обійти увагою такий феномен, як «тверда м'якість норм міжнародного права», прикладом якого можуть бути окремі резолюції ГА ООН і Всесвітня декларація прав людини 1948 року. Прикладами «м'якого» права, які за своїми наслідками є «твердими», можуть також служити Заключний акт Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 року, Керівні принципи ОЕСР для транснаціональних корпорацій і Гленігльська угода 1977 року про спортивний бойкот в Африці.

Усі ці документи мали певні юридичні наслідки, не створюючи юридично зобов'язувальних норм [6, с. 99].

Саме тому, на думку А. Кеннета, міжнародне право не може бути чітко розділене на «жорстке» або «м'яке». Більш того, норми можуть бути «твердими» або «м'якими» по-різному. Наприклад, критерієм «м'якості» є те, що міжнародно-правовий акт може бути вельми легалізований в плані зобов'язань, але написаний туманною мовою і не передбачати жодних положень про делегування повноважень. І навпаки, міжнародно-правовий акт може бути вельми чітко виписаний, але майже не містити зобов'язань і повноважень. Ступінь «твердості» акту, на його думку, визначається ступенем його легалізації [5]. При цьому основним індикатором «твердості» норми він бачить її зміст.

Дійсно, зміст є категорією, яка, по суті, відображає модальність норми. Однак проблема в тому, що її модальність однозначно виражена на момент прийняття норми, але може змінюватися залежно від практики її застосування. Приклад практики, яка нівелює модальність, наводить О'Коннел, яка зазначає, що держави регулярно беруть участь в незаконному застосуванні сили. На її думку, застосування сили та реакції на неї є практикою, яка може вплинути на зміст міжнародно-правових норм. Більше того, практика, яка відображає правове становище держав і організацій (тобто, по суті, їх легалізація), може змінити правила договору, скасувати або посилити його [14]. Тобто тут важливу роль відіграє суб'єктивний чинник, пов'язаний із легітимацією. При цьому більш стабільну модальність мають норми міжнародного звичаєвого права, оскільки саме практика, а не джерело закріплення, формує її модальність.

Тим не менш форма джерела закріплення міжнародно-правової норми також відіграє певну роль. Однак відносно джерела закріплення виникає ключове питання: чи можна поставити знак рівності між формою закріплення та нормативною силою норми? Щоб дати відповідь на це питання, необхідно окремо проаналізувати діяльність суб'єктів міжнародної нормотворчості та застосованих ними методів. Так, Ф. Віберт виділяє в міжнародній правотворчості м'які та тверді техніки (методи), що застосовуються різними інституціями. Проведена ним класифікація ґрунтується на таких прикладах [15, с. 7].

1. Тверді інституції / тверда техніка (організація, що діє на основі угоди (наприклад, СОТ), вступає в обов'язкові міжнародні торговельні угоди та забезпечує їх виконання відповідно до офіційного механізму вирішення спорів).

2. Тверді інституції / м'яка техніка (договірні зобов'язання, взяті перед організацією, що діє на основі угоди, спираються на м'які методи їх реалізації; наприклад для реалізації Рамкової конвенції ВООЗ із боротьби проти тютюну можна спиратися на керівні принципи або рекомендації).

3. М'які інституції / тверда техніка (мережі, що використовують тверде внутрішнє право, наприклад Група з розроблення фінансових заходів

боротьби з відмиванням грошей, Рада з Міжнародних стандартів фінансової звітності).

4. М'які інституції / м'яка техніка (мережі, що сприяють м'яким методам реалізації, наприклад кодекси поведінки Міжнародної організації комісій з цінних паперів для рейтингових агентств).

Слід зазначити, що наведена класифікація побудована одночасно за двома критеріями: 1) легітимації (правосуб'єктності учасника і його ваги на міжнародній арені) і 2) легалізації (з позиції форми закріплення норми). Однак у контексті легалізації не враховано такий важливий чинник модальності, як правові наслідки, які також мають важливе значення.

М. Оберг виділяє три основні типи юридичних наслідків: істотні, причинні та модальні [11, с. 881–882]. До категорій істотних наслідків він відносить створення актом зобов'язань, прав та повноважень; до причинних – визначення фактів або юридичних ситуацій, які викликають суттєві наслідки (наприклад, порушення зобов'язання); а модальні наслідки полягають у визначенні того, як і коли спрацьовують істотні наслідки. На прикладі резолюцій ГА ООН він зазначає, що важливим фактором є наявність внутрішніх і зовнішніх наслідків. Внутрішні наслідки виникають безпосередньо й відразу після прийняття резолюції, на підставі модальності, якою їх наділяє договірне або звичаєве міжнародне право (зазвичай, виходячи з Статуту ООН, але також мають значення договори інституційної структури ООН). Зовнішні наслідки також виникають з резолюції, але у зв'язку з відсутністю в прийнятому тексті необхідної модальності – безпосередньо на основі звичаєвого міжнародного права. Різниця між цими двома гіпотезами проявляється у відсутності або наявності проміжної правової бази, що забезпечує текст, який приймається, відповідною модальністю [11, с. 881].

З іншого боку, деякі дослідники виходять з того, що резолюції, які не встановлюють чіткі правові зобов'язання і, відповідно, не формують очікувань держав щодо таких зобов'язань, мають чисто політичний характер. Резолюції ж, які містять чіткі зобов'язання, можуть формувати очікування держав і, відповідно, спричинити юридичні наслідки, мають рекомендаційний характер. Зобов'язувальні правові норми, таким чином, залишаються тим еталоном, за яким вимірюються «легальність» і «квазілегальність», але зобов'язувальні інструменти не є виключними для визначення юридичних зобов'язань [4, с. 221].

Разом із тим навіть резолюції політичного характеру, які не містять зобов'язувальних правових норм, можуть мати «ефект метелика», оскільки навіть за відсутності в прийнятому тексті необхідної модальності він може проявлятися в модальних наслідках. Прикладом таких наслідків можуть слугувати резолюції ПАРЄ. Так, остання резолюція ПАРЄ 2132 (2016) «Політичні наслідки російської агресії в Україні» [13], хоча й не містить зобов'язувальних правових норм, однак констатує факт російської агресії та перебування військ Російської Федерації на території України. У вимірі

зовнішніх наслідків документа це розглядатиметься як збройний конфлікт міжнародного характеру, що, у свою чергу, дає змогу включитися механізму Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року [1].

Таким чином, визнаючи легалізацію правової норми через її модальність, необхідно відходити від форми її закріплення, а натомість зважати на її зміст та правові наслідки, які сукупно формують ступінь «модальності» правової норми.

**Висновки.** Модальність міжнародно-правової норми є досить динамічною категорією. Динаміка проявляється в тому, що модальність міжнародно-правової норми, яка однозначно виражена на момент її прийняття, може змінюватися залежно від практики її застосування. Тобто в ході практики виникає суб'єктивний чинник, пов'язаний із легітимацією учасників правовідносин. При цьому більш стабільну модальність мають норми міжнародного звичаєвого права, оскільки саме практика, а не джерело закріплення, формує їхню модальність.

Нормативна модальність не залежить ні від форми закріплення норми, ні від суб'єкта нормотворення. Вона вимірюється перш за все правовим ефектом норми, який, по суті, завершує собою процес нормотворчості та є «тест-драйвом» його результату. При цьому зміст і правові наслідки міжнародно-правової норми сукупно формують ступінь її «модальності». Зміст є категорією, яка, по суті, відображає модальність норми. І саме правовий ефект (правові наслідки) відображає нормативну модальність міжнародно-правової норми, яка проявляється в її юридичних наслідках.

#### *Література:*

1. Женевские конвенции от 12 августа 1949 года и дополнительные протоколы к ним. – 4-е изд., испр. – М. : Международный Комитет Красного Креста, – 2005. – 344 с.
2. Нешатаева Т.Н. Международные организации и право: новые тенденции в международно-правовом регулировании / Т.Н. Нешатаева. – М., 1998. – 243 с.
3. Фрит К. Мозг и душа: как нервная деятельность формирует наш внутренний мир / К. Фрит ; пер. с англ. П. Петрова. – М. : Астрель ; CORPUS, 2010. – 335 с.
4. Guzman A.T. International Soft Law / A.T. Guzman and T. Meyer // The Journal of Legal Analysis. – 2010. – Vol. 2. – No. 1. – P. 171–225.
5. Hard and Soft Law in International Governance / [K. Abbott W. and D. Snidal]. – International Organization 54. – 2000. – P. 421–456.
6. Hillier T. Sourcebook on Public International Law. – Cavendish Publishing, 1998. – 920 p.
7. Hurd I. Legitimacy, Power, and the Symbolic Life of the UN Security Council / I. Hurd // Global Governance. – Vol. 8. – No. 1 (Jan.–Mar. 2002). – P. 35–51.
8. International Law: norms, actors, process: a problem-oriented approach / By J. Dunoff, S.R. Ratner, D. Wippman. – 3rd Edition. – Wolters Kluwer, 2010. – 1044 p.
9. Legitimation and Global Lawmaking / By S. Block-Lieb and T. Halliday. – December 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=952492>.
10. Nieto-Navia R. International peremptory norms (jus cogens) and international

- humanitarian law / R. Nieto-Navia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>.
11. Öberg M.D. The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ / M.D. Öberg // The European Journal of International Law. – 2005. – Vol. 16. – No. 5. – P. 879–906.
  12. Reisman W.M. International law-making: a process of communication / Faculty Scholarship Series. – Paper 713 (1981) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/713](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/713).
  13. Resolution 2132 (2016) Political consequences of the Russian aggression in Ukraine [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=23166&lang=en>.
  14. O'Connell M.E. The Power and Purpose of International Law / M.E. O'Connell. – Oxford University Press. – 2011. – 408 p.
  15. Vibert F. Soft Power and international rule-making / F. Vibert [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.greekliberals.net/civilaction/documents/library/OC43-new\\_vibert\\_innen.pdf](http://www.greekliberals.net/civilaction/documents/library/OC43-new_vibert_innen.pdf).

**Мовчан Ю. В. Легализация как индикатор нормативной модальности международно-правовых норм**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу нормативной модальности международно-правовых норм в контексте их легализации. Установлено влияние содержания, формы закрепления и правовых последствий международно-правовых норм на их нормативную модальность. Исследованы мягкие и твердые техники (методы), применяемые различными институтами в ходе международного нормотворчества, и их влияние на модальность международно-правовой нормы.

**Ключевые слова:** международное право, международно-правовая норма, международное нормотворчество, легализация, легитимация, мягкое право.

**Movchan Yu. Legalization as an indicator of regulatory modalities of international legal norms**

**Summary.** The article analyzes the normative modality of international rules in the context of their legalization and in the context of law making activity participants' legitimization. The influence of the content, the form and the legal consequences of international legal norms on their normative modality was identified.

The author argues that to indentify the extent of the legalization of the international legal norm through its modality it should be taken into account the contents and legal consequences of international legal norm since they form a particular degree of «modalities».

It is established that the modality of international legal norms are quite dynamic category. The author states that the modality of international law norm, clearly expressed at the time of its adoption, may vary depending on the practice of its application. That practice is influenced by subjective factor and associated with legal legitimization of its participants. It is defined that modality is more stable category towards the rules of customary international law, as it is formed by practice.

I was studied the hard and the soft techniques (methods) that applied by various institutions at the international law-making and its impact on the modality of the international legal norms.

**Key words:** international law, rule of international law, international legal norm, international rule-making, international law-making, legalization, legitimization, soft law.

## МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

---

УДК 341.96:347.63

**КВІТ Н. М.,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільного права та процесу  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### ІНСТИТУТ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА: ПРОБЛЕМИ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

**Анотація.** У статті досліджуються міжнародне приватноправове регулювання інституту сурогатного материнства та проблеми, що виникають в процесі його реалізації за участі іноземців. Особлива увага приділена аналізу іноземної судової практики щодо питань визнання іноземними судами батьківства своїх громадян щодо дітей, народжених на території іноземної держави внаслідок застосування методу сурогатного материнства.

**Ключові слова:** сурогатне материнство, визнання батьківства, колізійне регулювання, судова практика.

**Постановка проблеми.** Розвиток медичних технологій у сфері репродуктивного здоров'я все більше загострює дискусії як правників, так і теологів щодо питань правового регулювання сурогатного материнства у всьому цивілізованому світі. З одного боку, ми бачимо доволі складну ситуацію подружжів, які з не залежних від них причин не можуть мати власних дітей, а з іншого боку, існує великий ризик комерціалізації тіла жінки, насамперед у тих країнах, де для жінок буденністю вже став продаж свого материнства, часто із залученням оплачуваних і не завжди добросовісних посередників, з метою виживання в скрутних матеріальних умовах. Яскравим прикладом несправедливості у цих відносинах став випадок, коли австралійська пара, що скористалася послугами сурогатної матері з Тайланду, відмовилася від дитини через виявлення у неї синдрому Дауна (трисомії 21) [7, с. 7].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У юридичній науці відсутні комплексні наукові праці, присвячені сурогатному материнству. Лише окремі його аспекти висвітлені у працях В. Ватрас, О. Михальчук, В. Москалюк, І. Верес та інших. Більш детально проблеми сурогатного материнства розроблені в дисертаційних роботах та монографіях російських вчених, зокрема Ю.А. Дронової, О.С. Митрякової, К.В. Стеблевої. Проте питання міжнародного приватноправового регулювання поки залишаються поза увагою вітчизняних правників.

**Метою дослідження** є визначити сучасні тенденції в іноземній правозастосовній практиці щодо визнання батьківства іноземних громадян, що скористалися методом сурогатного материнства на території іноземної держави, судами країни їхнього громадянства та щодо встановлення правового статусу дітей, народжених внаслідок застосування такої методики, і захисту їхніх прав на міжнародному рівні.

**Виклад основного матеріалу.** У ХХІ столітті релігійні представники першими виступають проти сурогатного материнства. Проте поняття «сурогатне материнство», яке сьогодні часто засуджують і критикують, бере свій початок ще задовго до нашої цивілізації, згідно з історичними літописами. Зокрема, заглянувши в історію глибше, бачимо, що Старий Завіт описує одну з історій сурогатного материнства. Сара, дружина Авраама, будучи безплідною, запросила служницю, щоб та зачала та виносила дитину Авраама. У біблійні часи вважалося, що якщо дружина не може народити спадкоємця, то вона могла передати цю місію служниці, яка повинна була зачати немовля з чоловіком безплідної жінки, а після пологів одразу ж віддати його подружжю. При цьому безплідна дружина брала дитину як рідну, укладаючи її на свої коліна після пологів, вважала малюка своїм, генетично рідним. Історія знає безліч випадків, коли в різних країнах світу рабині або наложниці виконували роль сурогатної матері. У той час використовували, звичайно, тільки «традиційне сурогатне материнство», тобто генетичними батьками дитини були батько і сама сурогатна мати, оскільки запліднення проводилося природним шляхом.

Отже, як бачимо, сурогатне материнство має глибоке коріння та давню історію. І приклади, зокрема з Біблії, свідчать про те, що саме явище сурогатного материнства не суперечить християнським моральним засадам, але умовою його допустимості є безпліддя жінки фертильного віку. З плином часу та розвитком репродуктивних технологій стало можливим виношування жінкою дитини, яка генетично пов'язана з іншими батьками (безплідною парою).

Сучасне законодавство різних держав все частіше схиляється до надання безплідним парам права скористатися інститутом сурогатного материнства та врегулювання в національному законодавстві порядку реалізації цього права та гарантій захисту прав сурогатної матері. Ще декілька десятиліть тому у світі можна було назвати лише декілька прикладів законодавчого регулювання сурогатного материнства, наприклад в Індії та

штаті Каліфорнія, проте їх кількість весь час зростає з геометричною прогресією. Майже всі штати США, Канада, Бразилія та Аргентина, Гонконг, Австралія, ПАР, Ізраїль, Греція, Румунія, Великобританія, Україна, Росія – це невичерпний перелік тих країн, які сьогодні дозволяють сурогатне материнство. Заборона сурогатного материнства закріплена законодавством у Німеччині, Франції, Австрії, Швейцарії, Італії, Іспанії, Португалії, Болгарії та Туреччині. Проте це не означає, що ця проблематика є вирішеною в цих країнах.

Проблема допустимості сурогатного материнства постійно дискутується. Як приклад можна навести звіт Сенату Франції (від 25.06.2008 р. № 421), у якому пропонувалося дозволити сурогатне материнство для подружніх пар фертильного віку, які з медичних причин не можуть мати власних дітей. Такі пари повинні були б укласти договір, схожий за правовою природою на усиновлення, і суддя мав надати їм дозвіл на перенесення ембріона в організм сурогатної матері. Проте уряд і суспільство не досягли консенсусу щодо цього питання та рішення не було прийняте.

Україна – одна з небагатьох країн світу, яка дозволяє народження дитини за допомогою програм допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ) і передбачає можливість проходження таких програм іноземними парами. Основним правовим актом, який регулює порядок застосування ДРТ, є наказ Міністерства охорони здоров'я України №787 від 09.09.2013 «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» (далі – Наказ № 787) [5].

Більшість законів, що регулюють інститут сурогатного материнства, мають спільні риси. Зокрема, воно дозволяється лише в разі встановлення лікарем факту неможливості жінкою в природній спосіб зачати та/чи виносити дитину або коли існує ризик успадкування дитиною важкого захворювання внаслідок вагітності. Також законодавство, як правило, встановлює вікові межі як для замовників, так і для сурогатної матері. Часто встановлюється вимога про те, що замовниками має бути пара, а у деяких країнах, наприклад у Великобританії, також вимагається, щоб це було подружжя, тобто пара, що перебуває в зареєстрованому шлюбі. Деякі країни обмежують коло осіб, що мають доступ до сурогатного материнства, лише своїми громадянами чи особами, які мають постійне місце проживання чи перебування в цих країнах.

Деякі правопорядки встановлюють обов'язкові передумови для застосування сурогатного материнства у вигляді, так би мовити, підготовчого етапу, який передуює перенесенню ембріона в тіло сурогатної матері. Зокрема, цей етап здійснюється суддею, який зобов'язаний встановити та перевірити формальну сторону, а саме наявність взаємної згоди (обох жінок та їхніх партнерів), дотримання вимог щодо віку та стану здоров'я, а також дотримання вимоги щодо безоплатності, за винятком відшкодування витрат, пов'язаних із вагітністю та народженням дитини. Усі ці передумови включно з рішенням суду мають бути виконані до моменту імплан-

тації ембріона в тіло сурогатної матері. Натомість у Великобританії процес оформлення відносин між замовниками та сурогатною матір'ю розпочинається після народження дитини. Сурогатна матір може висловити свою згоду на передачу дитини замовникам не раніше як через 6 місяців після народження дитини.

Суттєві відмінності правопорядків різних держав призвели до виникнення такого явища, як «репродуктивний туризм», коли громадяни більш консервативних і суворих юрисдикцій прямують до країн, де сурогатне материнство дозволене, на пошуки жінки, яка виносить і народить для них дитину. А це, у свою чергу, приводить до виникнення проблем з точки зору міжнародного цивільного та кримінального права: з одного боку, щодо договору між майбутніми батьками та сурогатною матір'ю, з іншого боку, щодо дитини, яка народилася у результаті виникнення цих договірних відносин.

На жаль, законодавство України у сфері застосування ДРТ детально не регламентує всі аспекти проходження програми, особливо стосовно іноземців. Однак варто відзначити, що протягом останніх років відбулись вагомі зміни в правовому регулюванні програми сурогатного материнства. Зокрема, встановлено, що право на проходження програми сурогатного материнства надається виключно подружній парі: чоловіку та дружині. Неможливе проходження програми сурогатного материнства самотнім чоловіком чи жінкою. Закріплено право на використання донорських гамет під час проходження програми сурогатного материнства, а також необхідність підтвердження генетичного зв'язку між батьками чи одним із батьків і дитиною, що підтверджується довідкою за формою, встановленою Наказом № 787. Крім того, закріплена необхідність надання письмової згоди чоловіка одруженої сурогатної матері за формою, встановленою Наказом № 787, а також необхідність надання нотаріально засвідченого договору між сурогатною матір'ю та подружжям для участі в програмі сурогатного материнства.

У 2012 р. Верховна Рада України активно обговорювала законопроект № 8282 «Про внесення змін у деякі законодавчі акти України (стосовно обмежень в застосуванні допоміжних репродуктивних технологій)». Серед позитивних моментів законопроекту можна назвати:

- заборону встановлювати генетичний зв'язок між дитиною та сурогатною матір'ю, за винятком ситуацій, коли сурогатною матір'ю є родичка;
- обмеження віку сурогатної матері для застосування ДРТ;
- спробу ввести в правове русло проходження програм сурогатного материнства іноземними парами.

Аналіз міжнародної судової практики та практики визнання рішень іноземних судів щодо батьківства осіб, які скористалися програмами сурогатного материнства за кордоном, свідчить про те, що законодавство у сфері застосування сурогатного материнства іноземними подружніми парами дійсно потребує змін і вдосконалення, однак під час внесення таких змін

потрібно враховувати особливості встановлення батьківства на дитину в країнах постійного проживання іноземців.

Зокрема, у Франції, Німеччині, Італії, Іспанії, Португалії, Болгарії, Швеції використання будь-яких форм сурогатного материнства заборонене. У Бельгії, Фінляндії, Ірландії народження дитини за допомогою програм сурогатного материнства законом ніяк не регламентується. В Австралії, Великобританії, Данії, Ізраїлі, Канаді, Нідерландах, окремих штатах Америки дозволено застосування лише некомерційного сурогатного материнства, тобто сурогатна мати не отримує за свої послуги винагороди, принаймні офіційної, нотаріально оформленої в угоді. За іронією долі, саме жителі цих країн найбільш зацікавлені в репродуктивних технологіях, тому вони й звертають увагу на країни, де такі репродуктивні технології дозволені, такі як Росія чи Україна. При цьому Україна має істотну перевагу для подружніх пар, бо в Росії навіть у разі відсутності якого-небудь генетичного споріднення саме сурогатна мати має пріоритетне право вирішити долю дитини – права генетичних батьків визнаються тільки після відмови від неї сурогатної матері. А в Україні законом, зокрема ч. 2 ст. 123 та ч. 2 ст. 139 Сімейного кодексу України [6] (далі – СКУ), встановлена презумпція походження дитини від батьків – донорів генетичного матеріалу. Зокрема, ч. 2 ст. 123 встановлює, що в разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя, а норма ч. 2 ст. 139 встановлює заборону оспорювання материнства в цьому разі.

Також одним із найбільш проблемних питань для правопорядків, що дозволяють сурогатне материнство, залишається розмір виплат сурогатній матері. Яким чином у розумний спосіб можна визначити обсяг витрат, які необхідно відшкодувати сурогатній матері за надані нею послуги щодо виношування та народження дитини. Наприклад, у Великобританії суди здебільшого акцептують від 7 000 до 15 000 £, що приблизно відповідає 5 000 – 10 000 €, тоді як у США витрати на вагітність сягають 100 000 \$, що становить близько 66 000 €.

Цікавим у цьому контексті прецедентом для визнання батьківських прав на дитину, народжену в Україні за допомогою програми сурогатного материнства, стала справа RE: X and Y (Foreign Surrogacy) 2010 р. У цій справі суд встановив, що «розумні витрати» в розумінні п. 5, на компенсацію яких має право сурогатна мати, складають компенсацію втраченого заробітку, витрат на лікування, медикаменти та інше. Згідно з договором, укладеним між сурогатною матір'ю та батьками, сурогатна мати отримувала компенсацію в розмірі 235 євро за місяць і фіксовану компенсацію в розмірі 25 тис. євро. При цьому 80% цієї суми оплачувались сурогатній матері після надання нотаріально засвідченої згоди на реєстрацію батьків у свідоцтві про народження дитини, а баланс оплачувався після надання сурогатною матір'ю письмової згоди на отримання батьками судового рі-

шення про встановлення батьківських прав у Англії. Суд дійшов висновку, що вказані витрати перевищували розмір «розумних витрат», понесених сурогатною матір'ю, і фактично не узгоджувались з вимогами Акту про запліднення та ембріологію 1990 р., однак визнав таку компенсацію законною, виходячи з принципу загального добробуту дітей та пріоритету інтересів дітей. Водночас суд звернув увагу, що питання законності таких витрат – це питання тлумачення фактів кожної справи; батьки, які проходять програми лікування за кордоном, повинні бути дуже уважними в погодженні усіх платежів за договором сурогатного материнства, які можуть бути законними в країні проходження лікування та незаконними в країні проживання майбутніх батьків і в результаті стати перешкодою для встановлення батьківських прав на дитину. Предметом окремого судового аналізу в таких справах є також добросовісність дій батьків і відсутність шахрайських намірів [3, с. 18].

У справі *Re: IJ (A Child)* 2011 р. стосовно встановлення батьківських прав на дитину, народжену в Україні за допомогою програми сурогатного материнства, судом було підкреслено, що іноземні юрисдикції можуть надавати майбутнім батькам юридичний статус батьків, однак цей статус може не визнаватися нормами національного права Англії. Батьки, які їдуть за кордон для проходження програми сурогатного материнства, повинні отримувати фахову правову консультацію, щоб бути впевненими, що підписані ними документи будуть відповідати вимогам національного права Англії стосовно питань не лише імміграції, але й платежів та не будуть у майбутньому перешкодою для визнання батьківських прав у країні їхнього громадянства [3, с. 19].

Для країн, які забороняють сурогатне материнство, виникає проблема, яким чином запобігти використанню їхніми громадянами можливості вирішити проблему безпліддя забороненим способом, у тому числі шляхом виїзду з цією метою за межі країни громадянства.

Найбільш дієвим методом вважається встановлення кримінального покарання. Наприклад, французький законодавець спробував вирішити цю проблему шляхом кваліфікації сурогатного материнства як створення загрози для правового статусу дитини. Воно фактично прирівнюється до відмови від дитини, що за ст. 227-13 Карного кодексу Франції (далі – ККФ) є деліктом і карається позбавленням волі до трьох років і штрафом до 45 000 €. Також відповідно до ст. 227-12 ККФ підбурювання батьків або одного з батьків до відмови від уже народженої дитини чи дитини, що має народитися, карається позбавленням волі на строк до шести місяців та штрафом до 7 000 €. Крім того, посередництво щодо сурогатного материнства також карається штрафом та позбавленням волі.

Натомість у Німеччині кримінальний кодекс передусім не бачить правопорушника в сурогатній матері чи потенційних батьках, що хочуть скористатися її послугами, а визнає правопорушенням саме медичне втручання щодо імплантації ембріона в організм сурогатної матері [16, с. 236].

Такий самий підхід використовує також Іспанія. Проте, оскільки такі медичні процедури, як правило, проводяться за кордоном, така санкція видається менш ефективною. Те ж саме можна сказати і про Францію, хоч підстави неефективності є інші. Правопорушення, у якому можуть бути обвинувачені сторони договору про сурогатне материнство, є правопорушенням, а не злочином. І оскільки ці правопорушення також, як правило, стаються за кордоном, то застосовується загальне правило про те, що особа може бути покарана за правопорушення лише в разі, якщо в країні, де його було вчинено, воно підлягає покаранню. Отже, не підлягають покаранню ті громадяни Франції, які укладають договори про сурогатне материнство у тих країнах, де це дозволено, зокрема й в Україні.

Тому, виходячи з юридичної неспроможності цих каральних норм, основна санкція в приватноправовій сфері фактично полягає в нікчемності договору про сурогатне материнство. І уникнути цього правового наслідку сторони не можуть навіть за допомогою такого інструменту міжнародного приватного права, як вибір права в самому договорі, обравши право держави громадянства сурогатної матері, яке визнає такий договір дійсним.

Для держав, що забороняють сурогатне материнство, норма щодо нікчемності цього договору є нормою безпосереднього застосування, або нормою прямої дії (*loisdepolice*), яка застосовується в будь-якому випадку навіть всупереч вибраному сторонами праву чи іншим колізійним нормам. Особлива імперативність (чи, як її ще називають, надімперативність) таких норм є наслідком особливого значення для держави чи суспільства певних правовідносин, і тому законодавець ні за яких обставин не вважає за потрібне допустити підпорядкування цих правовідносин іноземному праву [4, с. 259; 2, с. 220]. Отже, недійсність поширюється на відносини сторін договору про сурогатне материнство як наслідок недійсності самого договору та, з одного боку, позбавляє потенційних батьків права вимагати від сурогатної матері закріпленого договором обов'язку передати їм дитину після її народження, а також унеможлиблює будь-які їх вимоги щодо повернення вже сплачених ними коштів у разі відмови сурогатної матері передати дитину. А з іншого боку, сурогатна матір також втрачає право на підставі такого договору вимагати узгодженої в ньому оплати її послуг. Проте найбільш «болючими» та суспільно-небезпечними є правові наслідки для народженої внаслідок укладення договору про сурогатне материнство дитини.

Навколо питання вирішення долі дітей, народжених сурогатними матерями, у світі зараз точаться гарячі дискусії, й одностайної позиції поки що немає. Країни, що забороняють використання сурогатного материнства, стоять перед дилемою, оскільки визнання ними правового статусу дітей, народжених сурогатними матерями, на замовлення пар, що є їх громадянами, може бути фактично прирівняним до запрошення для бездітних пар виїздити за кордон з метою обійти заборону, що міститься у їхньому особистому національному правопорядку. Такі аргументи, безумовно, є

дуже вагомими, і не брати їх до уваги видається безвідповідальним, проте не можна також забувати, що такий підхід перекладає весь тягар наслідків такого правопорушення на дітей, що були народжені сурогатними матерями, бо саме вони найбільше страждають через відсутність уніфікованих підходів до визначення їхнього правового статусу. Про це також свідчить і судова практика трьох сусідніх країн, які забороняють сурогатне материнство (Франції, Німеччини та Австрії). Ці три країни, незважаючи на однакові підходи до регулювання цих питань у законодавстві, мають різну судову практику з відповідними наслідками для майбутньої долі дітей.

Що стосується презумпції материнства, то в усіх цих трьох правовопорядках матір'ю дитини вважається жінка, яка її народила. Зокрема, у Німецькому цивільному уложенні ця норма міститься у §1591 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). У Франції та Німеччині жінка, яка народила дитину, юридично є матір'ю народженою нею дитини навіть у тому разі, якщо дитина генетично походить від батьків-замовників, незважаючи на те, що з біологічної точки зору це є неправильно.

Натомість австрійська позиція є більш наближеною до реальності. Зокрема, Конституційний суд Австрії двічі, у 2011 та 2012 роках, у схожих справах прийняв рішення, за яким визнав батьківство австрійських батьків-замовників та, виходячи із цього, також визнав австрійське громадянство дитини [20, с. 9]. Схожі рішення були також прийняті щодо дітей, народжених на території України від українських сурогатних матерів. Зокрема, це рішення Конституційного суду Австрії від 11.10.2012 р. у справі № В 100/12-2 та рішення Апеляційного суду Бельгії від 31.07.2013 р. у справі №2013 КК/80, які визнали видані українськими органами реєстрації актів цивільного стану свідоцтва про народження цих дітей та батьківство батьків-замовників [1].

Деякі німецькі рішення є більш суворими: «Оскільки правовою матір'ю є іноземна сурогатна мати, то її дитина може претендувати на німецьке громадянство лише в тому разі, якщо юридичним батьком є громадянин Німеччини» [21]. Але юридичним батьком згідно з §1592 Німецького цивільного уложення є чоловік, який на момент народження дитини перебуває з матір'ю в зареєстрованому шлюбі, або ж чоловік, який визнав своє батьківство. Тому юридичне батьківство біологічного батька не може бути визнаним, по-перше, якщо сурогатна мати є одружена, оскільки вищезазначені норми НЦУ, так само як і Сімейного кодексу України, презюмують батьківство чоловіка, одруженого з матір'ю дитини. По-друге, біологічний батько не може визнати своє батьківство, допоки батьківство іншого чоловіка є дійсним (§1594 НЦУ) [10, с. 18]. Отже, за німецьким законодавством біологічний батько може визнати своє батьківство лише в разі, якщо сурогатна мати неодружена та дає на це свою згоду.

Натомість Верховний суд ФРН (Bundesgerichtshof) прийняв рішення, що визнання рішень іноземних судів, якими в разі сурогатного материнства визнається батьківство батьків-замовників, не суперечить німецько-

му публічному порядку, якщо існує генетичне споріднення з обома чи одним із батьків замовників [8].

Французький Касаційний суд (CourdeCassation) є більш радикальним порівняно з німецькими судами. Зокрема, показовим, на нашу думку, є рішення від 13.09.2013 р. [11], яке набуло значного розголосу у французьких ЗМІ. Суть справи полягала в тому, що дитина була народжена сурогатною матір'ю – громадянкою Індії на замовлення французького подружжя. Ця дитина була генетично споріднена лише з чоловіком, а яйцеклітина для запліднення походила від анонімного донора. Орган реєстрації народження в Індії визнав та зареєстрував батьківство французького подружжя. Крім того, за декілька днів до народження дитини біологічний батько визнав своє батьківство у відповідному французькому органі реєстрації.

Під час подання цим подружжям заяви на видачу свідоцтва про народження та внесення відомостей про батьків у відповідний реєстр орган реєстрації відмовив, вказавши як підставу відмови порушення публічного порядку. В обґрунтуванні суд зазначив, що народження є «результатом виконання укладеного в обхід французького права договору про сурогатне материнство, який є у зв'язку з порушенням публічного порядку нікчемним, навіть якщо за кордоном (у місці його укладення) він вважається дійсним». До того ж Касаційний суд за поданням прокурора як представника публічного інтересу у цивільному судочинстві на підставі обходу закону анулював запис про визнання батьківства, незважаючи на те, що цей чоловік дійсно був біологічним батьком цієї дитини.

Апофеозом засліплення моралізованою ідеологією є така позиція Courde Cassation: «Наслідком обходу французького права є те, що ні перевага інтересів дитини згідно зі ст. 3 § 1 Конвенції про права дитини, ні захист приватного та сімейного життя відповідно до ст. 8 цієї ж Конвенції не можуть бути застосовані до цих відносин».

Для дитини така відмова визнання за французьким правом є справжньою катастрофою. Французькі ЗМІ назвали це спаленням таких дітей «в правовому чистилищі» [15 с. 17]. Оскільки дитина не має жодного правового зв'язку із батьками-замовниками, вона не може ні в'їхати на територію Франції, ні отримати французьке громадянство, ні отримати право на спадкування за біологічними батьками. І навіть якщо у виняткових випадках батькам-замовникам вдається оформити перехід до них батьківських прав, то питання збереження права опіки може викликати серйозні проблеми, якщо подружжя вирішить розлучитися. Навіть незважаючи на існування наказу Міністерства юстиції від 25.01.2013 р., яке передбачає видачу свідоцтва про народження, цей же наказ не передбачає для цього жодних правових підстав, а отже, таке свідоцтво може бути в будь-який момент анульоване чи вилучене.

Усі ці наслідки не можна вважати прийнятними, і цілком очевидно, що вони не узгоджуються з вимогою щодо надання першочергової уваги якнайкращому забезпеченню інтересів дитини, яка є обов'язковою для органів

державної влади держав – учасниць Конвенції ООН про права дитини. Така позиція знайшла також своє підтвердження у двох рішеннях Європейського суду з прав людини від 26.06.2014 р. [12]. У цих рішеннях Суд вказав на правові небезпеки, яким піддається дитина внаслідок французької судової практики, щодо її індивідуальності, національності та спадкових прав і визнав Францію винною у порушенні ст. 8 Конвенції про права дитини, а саме щодо посягання на право дитини на сімейні зв'язки. Положення, що випливають із цих рішень, звичайно ж, підлягають застосуванню усіма державами – членами Ради Європи. Та, незважаючи на це, порушення цих положень і далі спостерігаються в судовій практиці європейських країн. Зокрема, італійський Касаційний суд заборонив своїм рішенням перехід батьківських прав до італійської пари, що скористалася послугами української сурогатної матері [19]. Але також маємо приклади з судової практики Європейського суду з прав людини, коли не було скасовано рішення російського суду щодо відмови у визнанні батьківства італійських батьків-замовників через відсутність із ними генетичного зв'язку [13].

Для України ця тематика є надзвичайно актуальною, бо випадків, коли іноземці укладають договори про сурогатне материнство з українськими жінками, стає дедалі більше, але діти, які народжуються внаслідок таких зобов'язальних відносин, у зв'язку з недосконалістю норм міжнародного приватного права є незахищеними та часто позбавляються свого права на сім'ю.

Нещодавно, у жовтні цього року, у Києві була проведена конференція «Особливості правового регулювання репродуктивної медицини та сурогатного материнства. Чи потрібні зміни?» за участі Комітету ВРУ з охорони здоров'я, МОЗ та Української асоціації репродуктивної медицини. Про проблеми правового регулювання сурогатного материнства в Україні розповів засновник і керівник проекту «Відкритий Суд», директор ЮФ Lions Litigate Станіслав Батрин. Доповідач поділився власним досвідом щодо представництва інтересів громадян Італії в судовому спорі про визнання батьківства та про зобов'язання передати двох малолітніх дітей сурогатною матір'ю їхнім генетичним батькам – громадянам Італії. Результатом цієї справи стали рішення на користь громадян Італії в судах першої, апеляційної, касаційної інстанції. Однак рішення суду так і не було виконане, а громадяни Італії відмовилися від пошуку справедливості, не змогли продовжити боротьбу за свої батьківські права та на 4-му році життя дітей втратили з ними зв'язок. Доповідач підкреслив, що в цій ситуації дітей позбавлено права знати своїх батьків, їхнього піклування, права на сім'ю.

**Висновки.** Підсумовуючи, варто сказати, що з точки зору справедливості необхідно чітко розмежовувати юридичну долю неправомірного договору про сурогатне материнство та правовий статус дитини, що народилася внаслідок його укладення та виконання. І навіть якщо ситуація щодо законодавства країн, які забороняють сурогатне материнство, не зміниться, у будь-якому разі охорона правового статусу дітей має бути пріо-

ритетом й уніфіковане рішення щодо вирішення цієї проблеми має бути прийняте на міжнародному рівні.

Відомо, що вже ведеться активна робота Гаазької конференції з міжнародного приватного права в напрямі врегулювання питань, пов'язаних зі статусом дітей, народжених внаслідок застосування процедури сурогатного материнства. Також необхідність встановлення правового статусу таких дітей підкреслюється одним зі звітів, представлених у Європейському Парламенті 08.07.2013 р. [14]. Тому, поки законодавство в цій сфері не буде уніфіковане, необхідно дуже уважно ставитися до укладення договору про сурогатне материнство, враховуючи норми національного законодавства обох контрагентів, і розуміти, що невідворотні негативні наслідки наступатимуть не лише для сторін договору, а передусім для дитини, що народиться внаслідок виникнення цих зобов'язальних відносин.

### *Література:*

1. Данченко О.В. Метод сурогатного материнства: правове регулювання в Україні та міжнародні аспекти / О.В. Данченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.uaa.org.ua/events/01/Danchenko.pdf](http://www.uaa.org.ua/events/01/Danchenko.pdf).
2. Міжнародне приватне право. Загальна частина : [підручник] / за ред. А.С. Довгєрта і В.І. Кисіля. – К. : Алерта, 2012. – 376 с.
3. Мороз І. Особливості проходження програм сурогатного материнства іноземцями в Україні / І. Мороз // Юридична газета. – 2014. – № 33–34. – С. 18–19.
4. Нагуш О.М. Імперативні норми та застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві / О.М. Нагуш // Правова держава. – 2016. – № 21. – С. 256–261.
5. Про затвердження порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій : Наказ МОЗ України від 09.09.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n105>.
6. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
7. AlainGuillemoles, Emotionen Australieaprès l'abandon d'un bebe trisomi queasame reporteuse, LaCroix. – 04.08.2014. – S. 7.
8. BGH 10.12.2014 – XIIIZB 463/13, FamRZ 2015, 240 mAnmTobiasHelms.
9. Brigitta Lurger, Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland. Das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischen Leihmutterschaftsverbot, IPRax, 2013, 282.
10. Claudia Mayer, Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen, IPRax 2014, 57.
11. Cour de Cassation (Cass.) 13.9.2013, Revue critique du droit international prive 2013, 909 mAnm P. Hammje.
12. EGMR 26.6.2014-65192/11 – Mennesson/France, EGMR 26.06.2014 ß65941/11 – Labassee/France.
13. EGMR 27.1.2015 – 25358/12 – Paradiso, Campanelli / Italy.
14. New comparative study on surrogacy in the EU [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lgbt-ep.eu/parliamentary-work/new-comparative-study-on-surrogacy-in-the-eu>.

15. Hugues Fulchiron / Chridtine Bidaud-Garon, Dans les limbes du Droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, D 2013, 2369.
16. Lagarde P. Die Leihmutterchaft: Probleme der Sach und des Kollisionsrechts / P. Lagarde // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. – 2015. – № 2. – S. 233–240.
17. Muriel Fabre-Magnan, L'effacement de la transcription: La Cour de cassation, gardienne du Droit, D 2013, 2384.
18. OLG Düsseldorf 24.6.2013 – 413/12, KG 1.8.2013 – 1 W, IPRax 2014, 72.
19. Philippe Ridet, L'histoire du jour: Tommaso, triosans, fils de personne, Le Monde, 13.11.2014.
20. VfGH 11.10.2012 – B 99/12; VfGH 14.12.2011 – B 13/11-10, IPRax 2013, 271, 275.
21. VG Berlin 5.9.2012 – I-3 Wx 211/12 Rs. 23 L 283.12, IPRax 2014, 81.

**Квит Н. М. Институт суррогатного материнства: проблемы коллизионного регулирования**

**Аннотация.** В статье исследуются международное частное правовое регулирование суррогатного материнства и проблемы, возникающие в процессе его реализации с участием иностранцев. Сделан акцент на анализе иностранной судебной практики касательно вопросов признания иностранными судами родительских прав своих граждан на детей, рожденных на территории иностранного государства в результате использования метода суррогатного материнства.

**Ключевые слова:** суррогатное материнство, признание родительских прав, коллизионное регулирование, судебная практика.

**Kvit N. Institute of surrogate motherhood: problems of collision norms**

**Summary.** This article deals with the problems of surrogacy in international private law. The author is analyzing specific case examples and emphasizing significant diversity in national laws governing surrogacy. Surrogacy arrangements are prohibited in some States, permitted in other States and unregulated in others. The variety of domestic responses to surrogacy has led to a situation where infertile couples seeking to have a child through surrogacy travel from one country to another, purposely choosing “surrogacy – friendly” jurisdictions as their destinations. In doing so, they effectively avoid restrictions imposed on surrogacy in their jurisdiction. Cross-border travel for the purpose of hiring a surrogate mother has been termed as “procreative tourism”. It is usually the case that the law lags behind medical advances and corresponding social developments. Unfortunately, international surrogacy is not an exception. Indeed, there is a complete void in the international regulation of surrogacy arrangements, as none of the existing international instruments contains specific provisions designed to regulate this emerging area of international family law. In the absence of a global legislative response, highly complex legal problems arise from international surrogacy arrangements. Among these problems, the most prevalent are the question of legal parenthood and the nationality of the child. The absence of uniform private international law rules or approaches with respect to the establishment and contestation of parentage can lead to conflicting legal statuses across borders and can create significant problems for children and families, e.g., uncertain paternity or maternity, limping parental statuses, uncertain identity of the child, immigration problems, uncertain nationality or statelessness of the child, abandonment including the lack of maintenance.

**Key words:** surrogate motherhood, approving parentage, collision regulating, court practicing.

УДК 341.6:340.5

**ПЕРЕГОНЦЕВ І. А.,****аспірант****Інституту держави і права імені В. М. Корецького  
Національної академії наук України****ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ США  
ЩОДО ПОШИРЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ  
НА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ**

**Анотація.** Стаття «Практика Верховного Суду США щодо поширення прав людини на юридичних осіб» розглядає як одну з можливих передумов для формування практики Європейського суду з прав людини практику Верховного Суду США, відповідно до якої юридичні особи навіть в умовах, коли право, що міститься в Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, прямо не передбачає можливості його поширення на юридичних осіб, можуть звертатись до Європейського суду з прав людини.

**Ключові слова:** захист прав юридичних осіб, права людини, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, Верховний Суд США, судова практика.

**Постановка проблеми.** Сьогодні у сфері міжнародного права захисту прав людини склалась ситуація, коли цей захист поширюється не лише на фізичну, але й на юридичну особу, навіть коли міжнародний документ не передбачає можливості його поширення на юридичних осіб.

Виходячи зі змісту тексту преамбули до Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція), можна зробити висновок про те, що її поява зумовлена виключно необхідністю захисту прав та інтересів саме людини<sup>1</sup>. Проте практика застосування положень норм Конвенції Європейським судом із прав людини свідчить про те, що юридичні особи все-таки можуть звертатися до поло-

<sup>1</sup> По-перше, другий, третій та шостий абзаци преамбули до Конвенції містять посилання на Загальну Декларацію прав людини 1948 року, на забезпечення гарантування положень якої, зокрема, і спрямовувались зусилля держав у разі підготовки та підписання Конвенції. Загальна Декларація прав людини ООН 1948 лише в преамбулі містить посилання на такі категорії, як «людська сім'я», «права людини», «совість людства», «прагнення людей», «гідність і цінність людської особистості», «рівноправність чоловіків та жінок» тощо, і не містить вказівок на будь-яких інших суб'єктів. Стаття 1 Загальної Декларації прав людини встановлює: «Всі люди народжуються вільними та рівними у своїй гідності і правах. Вони наділені розумом і совістю та повинні діяти стосовно один до одного в дусі братерства». Із цього можна зробити висновок, що розробники Загальної Декларації прав людини не планували включити юридичних осіб в коло суб'єктів, які можуть користуватись захистом відповідно до положень цього міжнародного документу.

По-друге, у четвертому абзаци преамбули до Конвенції йдеться про те, що одним із засобів досягнення тіснішого єднання між країнами – членами Ради Європи є забезпечення і розвиток прав людини та основоположних свобод. Знову ж тут не згадується будь-яких інших суб'єктів суспільних відносин, аніж людина.

жень цієї Конвенції з метою захисту своїх прав. Більш того, аналіз рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), що стосуються питань поширення на юридичних осіб норм Конвенції, свідчить про відсутність будь-яких посилань ЄСПЛ на мотиви, якими керується суд у винесенні рішення стосовно юридичної особи<sup>2</sup>.

**Метою статті** є виявлення та дослідження передумов (зокрема, з точки зору розвитку права), що дають історико-правові підстави таким міжнародним правовим інституціям, як ЄСПЛ, застосовувати до юридичної особи норми права, які створювались з метою захисту прав та інтересів саме людини.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Основою джерельної бази для цього дослідження є безпосередньо рішення Верховного Суду США. Питання, пов'язані із цією статтею, досліджувались, зокрема, такими вченими, як Маріус Емберленд, О.Є. Юркіна.

**Виклад основного матеріалу.** У контексті поставленої мети найбільш цінним є досвід судових органів Сполучених Штатів Америки, практика яких визнає за юридичними особами можливість захисту прав останніх, використовуючи норми, які першочергово мали на меті захист прав фізичних, а не юридичних осіб. Формування цієї практики розпочав Верховний Суд США (далі – ВС США) з кінця 18-го століття.

Загалом необхідно визнати, що вплив Сполучених Штатів Америки та політичних діячів цієї країни на розвиток і становлення міжнародних прав людини є доволі істотним [1]. Прояви означеного впливу чітко прослідковуються на різних етапах становлення міжнародного права захисту прав людини та, зокрема, системи міжнародних інструментів захисту прав людини.

Окремі науковці у сфері міжнародного права, досліджуючи питання розвитку міжнародного права захисту прав людини, наголошують на важливості для становлення міжнародних прав людини, зокрема таких основоположних для американської правової системи джерел, як Декларація прав 1776 року, Декларація незалежності 1776 року, Конституція США 1787 року та Біль про права 1791 року [2].

Окрім того, як зазначає автор книги «International human rights law» Olivier De Schutter, американський президент Франклін Делано Рузвельт і його дружина Елеонора Рузвельт здійснили значний вклад в розроблення таких основоположних із точки зору розвитку міжнародного права

<sup>2</sup> Наприклад, частина 1 статті 8 Конвенції проголошує: «Кожен має право на повагу до свого приватного та сімейного життя, до свого житла та кореспонденції». До 2002 року практика Європейського суду з прав людини свідчила про однозначність позиції Суду, відповідно до якої юридичні особи не можуть користуватись захистом, який надається статтею 8 Конвенції. Попри цю позицію, у 2002 році в справі *Colas Est SA and Others v France* Європейський суд із прав людини визнав можливість застосування до юридичних осіб статті 8 Конвенції, посилаючись виключно на те, що «Конвенція є живим інструментом, який має тлумачитись в світлі умов сьогодення».

<sup>3</sup> Одним із принципів, що були закріплені Атлантичною хартією 1941 року, був принцип самовизначення людей. Окрім того, Атлантична хартія містила посилання на необхідність забезпечення в мирний час такого порядку, за якого люди у всіх країнах могли б жити все своє життя, не знаючи ні страху, ні нужди. Згодом, у 1942 році, Атлантична хартія була схвалена в січневій Декларації ООН 1942 року.

захисту прав людини міжнародних документів, як Атлантична хартія 1941 року<sup>3</sup>, Декларація ООН 1942 року, Загальна декларація прав людини 1948 року [3].

Якщо говорити про вплив американської судової системи на правозастосовчу діяльність міжнародних інституцій, які покликані захищати права людини, то тут необхідно згадати про досвід Європейської комісії з прав людини, а потім вже Європейського суду з прав людини. Так, у процесі розроблення правової позиції в окремих справах згадані інституції неодноразово посилалися на практику Верховного суду США. Ще в 1980 році Європейська комісія з прав людини у своєму рішенні зробила посилання на відоме рішення Верховного суду США в справі *Roe v. Wade* з метою обґрунтування позиції, відповідно до якої право на життя згідно зі статтею 2 Європейської конвенції не поширюється на ненароджену дитину.

У контексті досліджуваного питання цікавою є та обставина, що Конституція США не містить прямого посилання на юридичних осіб як на суб'єктів суспільних відносин, що врегульовує Конституція. Відразу необхідно зауважити, що підходи Верховного суду США до питання можливості використання юридичними особами конституційних прав, які первісно були закріплені для захисту людини, відрізняються залежно від того, як Верховний суд США розумів правову природу юридичної особи. Загалом пошук відповіді на питання, які права (з тих, що містяться в Конституції США) можуть належати корпораціям, було віддано «на відкуп» судовій владі США [4].

Ще 1819 року Верховний суд США (далі – ВС США) в рішенні у справі *Dartmouth College v. Woodward* визнав, що корпорації підпадають під дію Статті Конституції щодо Контрактів (*Contracts Clause of the Constitution*). Своє рішення ВС США обґрунтовував тим, що статут корпорації являє собою захищений конституцією контракт між державою та фізичними особами, які заснували корпорацію [5]. У цій справі дуже важливу позицію щодо правової природи юридичної особи висловив тодішній голова ВС США Джон Маршал. Він визнав, що корпорація є чимось відокремленим від людей, які її створили, і від людей, які є її представниками. Маршал описав корпорацію як штучно-створену одиницю, невидиму, нематеріалізовану (невідчутну на дотик), яка існує виключно в межах права та яка володіє лише тими якостями, якими її наділяє статут [5].

З визначення корпорації, яке міститься в рішенні у справі *Dartmouth College v. Woodward*, випливає, що права, які можуть належати корпорації, є досить обмежені. Так, зі змісту згаданого рішення випливає, що юридична особа існує виключно в площині права, що створюється державою, вона не існує сама по собі, так само і юридична особа в цьому випадку не є представником чогось чи когось, хто має права [6]. Водночас суддя Дж. Маршал у рішенні в згаданій справі вказав, що «юридична особа, що володіє всією повнотою правового та справедливого інтер-

есу, що в повному обсязі представляє осіб, які передали цій юридичній особі свої права з метою здійснення управління майном, має права, які захищаються Конституцією» [5]. Цим самим, навіть за відсутності в Конституції США прямого посилання на можливість використання юридичними особами її норм, Верховний Суд США визнав таку можливість.

Однак на ранніх етапах своєї діяльності Верховний Суд США ще не розглядав юридичну особу як суб'єкта, який нарівні з будь-якою людиною може набувати різного роду права та здійснювати їх.

У 1809 р. Верховний Суд США в одному зі своїх рішень зауважив: *«Це невидиме, безтілесне та штучне створіння, юридична особа, корпорація, безперечно, не є громадянином та, як наслідок, не може звертатися з позовами або виступати відповідачем в судах Сполучених Штатів, за винятком випадків, коли права членів (такої юридичної особи) можуть бути реалізовані від імені корпорації»* [7]. Тобто Верховний Суд США не розглядав корпорацію як окремий суб'єкт, який може володіти правами інакшими від прав, якими володіють члени або ж засновники такої корпорації. Проте згодом означена позиція Суду була переглянута, а юридична особа поступово почала здобувати все більшу самостійність і незалежність від своїх творців.

У 1839 році в рішенні у справі *Bank of Augusta v. Earle* Верховний Суд США зазначив наступне: *«Правильно вважати, що корпорація не може мати правового існування за межами держави (або ж суб'єкта федерації, – І. П.), яка і створила таку корпорацію. Вона існує виключно в межах і в силу закону там, де цей закон припиняє свою дію корпорація більше не може існувати. Вона (корпорація) і справді є штучним створінням, невидимим і безтілесним, водночас вона є особою для певних цілей в межах права»* [8]. Як бачимо, юридична особа сприймалась виключно як штучно створений публічною владою суб'єкт, який діє в межах створеного публічною владою права.

Початок ери своєрідного ототожнення конституційного статусу людини та юридичної особи пов'язується із застосуванням Верховним Судом США в своїй практиці Чотирнадцятої поправки до Конституції США (далі також – Чотирнадцята поправка), прийнятої після Громадянської війни в 1868 році з метою надання звільненим рабам повного громадянства. Причини надзвичайної значущості Чотирнадцятої поправки для юридичних осіб крились у тому, як саме було сформульовано окремі її положення. Вона, зокрема, проголошувала: *«Жоден штат <...> не може позбавити будь-яку особу життя, свободи або власності без належної правової процедури та не може відмовити будь-якій особі <...> в рівному захисті, що надається законами»* [9]. Це привело до того, що будь-який правовий акт кожного штату та органу місцевої влади, який негативно впливає на права, зокрема власність «осіб», міг бути переглянутий та скасований Верховним судом США.

Таке ж саме формулювання щодо неможливості позбавлення будь-якої особи життя, свободи або власності без належної правової процедури вже було закріплено в П'ятій Поправці до Конституції США, яка захищала людину від таких зловживань із боку держави. Отже, П'ята поправка захищає людей від зазіхань федерації, а Чотирнадцята поправка заборонила штатам федерації вчиняти описані вище дії. Причина, чому саме з Чотирнадцятою поправкою до Конституції США пов'язується надання юридичним особам конституційних прав захисту прав людини, полягає в такому. Як в середині 19-го століття, так і сьогодні саме уряд штату, а не федеральний уряд надає дозвіл на створення юридичної особи. Чотирнадцята поправка містить, зокрема, слова «*Жоден штат...*», що, у свою чергу, надало юридичним особам право звертатися до Верховного суду США з вимогами про перегляд або скасування правового акта, який, на погляд юридичної особи, надає їй нерівний захист порівняно з іншими суб'єктами, або ж якщо, на думку юридичної особи, певна дія або акт уряду нібито не повністю відповідають закону та порушують права такої юридичної особи.

На думку окремих дослідників, поширенню прав людини на юридичних осіб США необхідно завдячувати, з-поміж іншого, людині на ім'я Роско Конклінг, який брав участь у підготовці проекту 14-ї Поправки. Після роботи в Парламенті США він займався приватною юридичною практикою. У справі *San Mateo County v. Southern Pacific Rail Road*, яка розглядалась ВС США, Роско Конклінг, захищаючи інтереси приватної залізничної компанії, першим стверджував, що коло суб'єктів, на яких поширюється дія 14-ї Поправки, не обмежується людьми [10]. Під час розгляду справи він надав до ВС США документ, який нібито був протоколом засідання Об'єднаного Комітету Конгресу (*Joint Congressional Committee*), на якому розглядалось питання розроблення 14-ї Поправки. Зазначений комітет був відповідальним за підготовку проекту 14-ї Поправки, а Конклінг в період діяльності Комітету входив до його складу. Виходячи зі змісту наданого Конклінгом документу, Об'єднаний Комітет Конгресу під час написання Чотирнадцятої поправки вагався між тим, використати в її тексті категорію «громадянин» чи «особа», і вирішив використати «особа» нібито задля можливості застосувати положення Чотирнадцятої поправки до корпорацій. Аргументуючи свою позицію в згаданій справі Роско Конклінг стверджував, що в процесі проектування Чотирнадцятої поправки він та його колеги в *Joint Congressional Committee* навмисно вжили слово «особа» для того, щоб включити корпорації в коло суб'єктів, на яких може поширюватись дія Чотирнадцятої поправки. Ця аргументація була достатньо переконливою, беручи до уваги ще й ту обставину, що з аналізу Чотирнадцятої поправки випливав факт не досить чіткого, але все ж розрізнення між словами «особа» та «громадянин». Так, де мова йшла про речові права, використовувався термін «особа» (тобто нібито розумілись і юридич-

ні особи), натомість, де йшлося про політичні права, використовувався термін «громадянин» [10].

Водночас історик Говард Джей Греєм (Howard Jay Graham) критикував вказані аргументи, а найбільше – згадані процесуальні подання Конклінга перед Верховним Судом США, називаючи їх «умисною, безсовісною підбрюхою» [10]. Таким чином був розчищений шлях для розширення дискреційних повноважень Верховного Суду США щодо перегляду правових актів штатів і місцевої влади у сфері соціально-економічних відносин, зокрема й за зверненнями юридичних осіб [10]. Справа *San Mateo County v. Southern Pacific Rail Road* є важливою з точки зору демонстрації кола суб'єктів, які в процесі розгляду цієї справи стояли на позиції необхідності поширення на юридичних осіб прав, закріплених у Чотирнадцятій поправці до Конституції США.

Фактично та юридично персоніфікація юридичних осіб і закріплення можливості використання ними положень Чотирнадцятої поправки до Конституції США відбулось у 1886 р., коли ВС США виніс рішення в справі *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.* Вона безпосередньо стосувалась застосування до юридичних осіб Чотирнадцятої поправки до Конституції США. У своєму рішенні Суд, не вдаючись в пояснення своєї позиції, зазначив, що корпорація – це особа, яка може користуватись захистом, який надається Чотирнадцятою поправкою до Конституції США, у зв'язку з чим власність юридичних осіб не може оподатковуватись інакше, ніж власність фізичних осіб. Мотивація ВС США зводилась до того, що майно юридичної особи фактично є майном фізичних осіб – засновників такої юридичної особи [11].

З цього часу кожна корпорація в США могла розглядатись як суб'єкт, що володіє конституційними правами нарівні з фізичними особами. Протягом наступних кількох десятиліть юридичні особи завдяки рішенням Верховного Суду США спромоглися поширити на себе дію більшості норм Конституції США, які первісно були створені для захисту громадян США. Так, у 1893 та в 1922 рр. Верховний Суд США в рішеннях по справах *Noble v. Union River Logging* [12] та *Pennsylvania Coal Co. v. Mahan* [13] поширив на юридичних осіб дію П'ятої поправки до Конституції США. У рішенні в справі *Hale v. Henkel* [14] в 1906 році Верховний Суд США надав корпораціям захист від «обшуку та виїмки», який встановлювався в Четвертій поправці до Конституції США. У 1936 р. Верховний Суд США виніс рішення в справі за позовом *Grosjean v. American Press Co.* [15], відповідно до якого корпораціям вперше надавалась свобода слова, яка закріплювалась у Першій поправці до Конституції США.

Отже, можна зробити висновок, що Верховний Суд США визнає можливість поширення на корпорації правових норм, які первісно були створені виключно для захисту прав і свобод людини. Однак, незважаючи на хронологічно послідовний розвиток судової практики ВС США, що розширювала обсяг конституційних прав, якими можуть користува-

тись юридичні особи, все ж рано говорити про усталеність позиції, відповідно до якої правосуб'єктність людини та юридичної особи є цілком тотожною. Так, у 2011 році в справі *Federal Communications Commission et al. v. AT&T INC et al.* Верховний суд США встановив, що відносно юридичних осіб не може бути застосована категорія «особиста приватність». Загалом, виходячи з аналізу аргументації ВС США в цій справі, можна прийти до висновку, що права корпорацій не є цілком еквівалентними правам людини.

Водночас окремі рішення ВС США стали джерелом для формування специфічних, унікальних прав юридичних осіб, якими не могли бути наділені фізичні особи. Так, у рішенні в справі *Virginia Board of Pharmacy vs Virginia Citizens Consumer Council* Верховний Суд США вказав, що реклама як комерційне висловлювання є по своїй суті поширенням ідей, тому юридична особа може звертатись за захистом таких комерційних висловлювань на підставі Першої поправки до Конституції США, яка й захищає свободу слова [17]

Інакша, цікава з точки зору правосуб'єктності юридичної особи, справа, що розглядалась Верховним Судом США, стосується правового явища, що можна спостерігати на сьогодні лише в США. Так, у США витрати грошей на виборчу кампанію або на кандидата розглядаються як прояв свободи слова, яка захищається Першою поправкою до Конституції США [18]. Первісно можливість «висловлюватись» шляхом фінансування виборчих кампаній мали лише фізичні особи. Проте завдяки рішенню по справі *First National Bank of Boston v. Bellotti*, винесеному ВС США в 1977 р. юридичні особи також набули права на здійснення описаних вище витрат, які, в свою чергу, прирівнювались до прояву свободи слова, яка захищається Першою поправкою до Конституції США [19].

У 2010 р. Верховний Суд США розглянув справу *Citizens United vs Federal Election Commission*, що стосувалась фінансування, здійснюваного корпораціями в політичних цілях, як прояву свободи слова. Суд визнав неконституційною заборону, відповідно до якої для юридичних осіб встановлювалась межа щодо суми, яка могла бути ними витрачена на політичні цілі, у тому числі на виборчі кампанії [20]. Тобто юридичні особи могли в необмеженій кількості фінансувати ті, чи інші політичні проекти.

З кожним подібним рішенням обсяг прав, закріплених Конституцією США, які можуть використовуватись юридичними особами, розширювався. На початок двадцятого століття юридична особа сприймалась Верховним судом США як окремий суб'єкт, що володіє конституційними правами, які є самостійними і не залежать та не мають відношення до людей, які пов'язані з такою юридичною особою [21].

З часу використання Європейською комісією з прав людини у своїй практиці рішення Верховного суду США у справі *Roe v. Wade* Європейська комісія, а пізніше Європейський суд із прав людини все частіше за-

стосовували правові досягнення Верховного суду США у своїй діяльності. Більш того, судді Європейського суду з прав людини, висловлюючи окрему думку щодо того чи іншого рішення, доволі часто повністю або частково базують свою позицію на рішеннях Верховного суду Сполучених Штатів Америки [22].

**Висновки.** Беручи до уваги все вищевикладене під час дослідження питання застосування до юридичних осіб Європейським судом із прав людини Європейської конвенції про захист прав людини, впевнені, що досвід поширення прав людини на юридичних осіб вищим судовим органом Сполучених Штатів Америки, без сумніву, сприятиме повнішому розумінню історичних підстав, мотивів, особливостей та можливих майбутніх наслідків такого порівняння правового статусу юридичної особи та людини.

### *Література:*

1. Henkin L. The Constitution, Treaties And International Human Rights / L. Henkin // University of Pennsylvania Law Review. – Vol. 116:1012, 1968. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6148&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6148&context=penn_law_review).
2. Haas M. International human rights: a comprehensive introduction / M. Haas. – Routledge, 2014. – P. 50–51.
3. Schutter O. De. International human rights law: cases, materials, commentary / O. De Schutter. – Cambridge University Press, 2014. – P. 16–17.
4. “When did companies become people? Excavating the legal evolution”, Nina Totenberg // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.npr.org/2014/07/28/335288388/when-did-companies-become-people-excavating-the-legal-evolution>.
5. Рішення Верховного суду США в справі Trustees of Dartmouth College v. Woodward [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/518>.
6. Artificial Becoming Natural A Study of Corporate Personhood as it has Developed within the United States and European Union, Brian R. Sarginger [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.academia.edu/3430044/The\\_Artificial\\_Becoming\\_Natural\\_A\\_Study\\_of\\_Corporate\\_Personhood\\_as\\_it\\_Has\\_Developed\\_Within\\_the\\_United\\_States\\_and\\_European\\_Union](http://www.academia.edu/3430044/The_Artificial_Becoming_Natural_A_Study_of_Corporate_Personhood_as_it_Has_Developed_Within_the_United_States_and_European_Union).
7. Рішення Верховного суду США в справі Bank of the United States v. Deveaux [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/case.html>.
8. Рішення Верховного суду США в справі Bank of Augusta v. Earle [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/38/519/case.html>.
9. Конституція Сполучених Штатів Америки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_14\\_\(1868\)](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868)).
10. Every man's constitution. Madison, Wisconsin: State Historical Society of Wisconsin, 1968 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.celdf>.

org/downloads/everyman\_s%20constitution%20-%20graham%20Conspiracy%20Theory%20web.pdf.

11. Рішення Верховного суду США в справі Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/118/394>.
12. Рішення Верховного суду США в справі Noble v. Union River Logging [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/147/165.html>.
13. Рішення Верховного суду США в справі Pennsylvania Coal Co. V. Mahaon [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/393/case.html>.
14. Рішення Верховного суду США в справі Hale v. Henkel [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/201/43/case.html>.
15. Рішення Верховного суду США в справі Grosjean v. American Press Co [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/233/case.html>.
16. Рішення Верховного суду США в справі Federal Communications Commission et al. v. AT&T INC. et al. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.law.cornell.edu/supct/html/09-1279.ZS.html>.
17. Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights, Carl J. Mayer, as published by Hastings Law Journal, Hastings College of Law at University of California, March, 1990, Volume 41, No.3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://reclaimdemocracy.org/mayer\\_personalizing](http://reclaimdemocracy.org/mayer_personalizing).
18. Рішення Верховного суду США в справі Buckley v. Valeo [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/case.html>.
19. Artificial Becoming Natural A Study of Corporate Personhood as it has Developed within the United States and European Union, Brian R. Sarginger [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.academia.edu/3430044/The\\_Artificial\\_Becoming\\_Natural\\_A\\_Study\\_of\\_Corporate\\_Personhood\\_as\\_it\\_Has\\_Developed\\_Within\\_the\\_United\\_States\\_and\\_European\\_Union](http://www.academia.edu/3430044/The_Artificial_Becoming_Natural_A_Study_of_Corporate_Personhood_as_it_Has_Developed_Within_the_United_States_and_European_Union).
20. Рішення Верховного суду США в справі Citizens United vs Federal Election Commission [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-205.ZO.html>.
21. Are corporations people? Corporate personhood under the constitution and international law, Beth Stephens // Rutgers Law Journal. – Volume 44. – Fall 2013. – Number 1.
22. The Interaction between the European Court of Human Rights and Other Courts, Christos Rozakis, Vice-President of the European Court of Human Rights / World Conference on Constitutional Justice Cape Town, 22-24 January 2009.

**Перегонцев И. А. Практика Верховного Суда США по распространению прав человека на юридических лиц**

**Аннотация.** Статья «Практика Верховного Суда США касательно распространения прав человека на юридических лиц» рассматривает в качестве одной из возможных предпосылок для формирования практики Европейского суда по правам человека практику Верховного Суда США, согласно которой юридические лица даже в условиях, когда Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод прямо не предусматривает возможности распространения действия права на юридических лиц, могут обращаться в Европейский суд по правам человека.

**Ключевые слова:** защита прав юридических лиц, права человека, Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод, Верховный суд США, судебная практика.

**Perehontsev I. The practice of the US Supreme Court to extend the rights to legal entities**

**Summary.** From the textual analysis of the preamble to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms it may be concluded that coming into being of the Convention was solely due to the need of human rights protection. Even though the European Court of Human Rights extended the force of the particular norms of the Convention, which were primarily used for the protection of physical person, on the legal persons. The article of I. A. Peregontsev titled "The caselaw of the Supreme Court of USA in the area of granting of human rights to legal persons" analyses the caselaw of the Supreme Court of USA as the probable premise for the development of the European Court of Human Rights caselaw due to which legal persons may protect their rights by lodging the application to the European Court of Human Rights notwithstanding the fact that the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms do not explicitly provide for the opportunity for legal persons to protect their rights equally as physical persons.

**Key words:** protection of legal persons, human rights, European Convention for the Protection of human rights and fundamental freedoms, Supreme Court of USA, case law.

УДК 349.23:341.24

**ТРЮХАН О. А.,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВІ УМОВИ ПРАЦІ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Анотація.** У статті розглянуто зміст та значення права на справедливі умови праці. Аналізуються міжнародно-правові акти та деякі норми трудового законодавства України. Зроблені висновки та надані пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання в цій сфері.

**Ключові слова:** Конституція України, справедливість, справедливі умови праці, право на справедливі умови праці, працівник, роботодавець, умови праці, здорові та безпечні умови праці.

**Постановка проблеми.** Міжнародні норми є для нашого суспільства об'єктом вивчення, запозичення та практичного використання як визнаного у всьому світі еталону. Стаття 9 Конституції України закріплює, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України» [1]. Таким чином, міжнародні акти ратифіковані Верховною Радою України, набувають значення внутрішнього закону й повинні застосовуватися судами та іншими державними органами нарівні з внутрішнім законодавством.

Значення права на справедливі умови праці як одного з основних прав людини підкреслюється тим, що воно закріплюється в найважливіших міжнародно-правових актах. Науковці частіше звертають свою увагу на окремі складники зазначеного права, такі як належні, безпечні та здорові умови праці, чи окремі питання щодо оплати праці та дискримінації. Національне законодавство не надає поняття «справедливі умови праці» та оперує іншими термінами, однак у міжнародно-правових актах використовується саме термін «справедливі умови праці». Виходячи із цього, очевидною є потреба в більш ґрунтовному вивченні проблематики правового регулювання справедливих умов праці, адже чинне законодавство потребує вдосконалення в напрямі приведення його у відповідність до міжнародних та європейських трудових стандартів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Вітчизняними та зарубіжними вченими здійснено чимало досліджень, присвячених трудовим правам людини, серед яких чільне місце посідає право на справедливі умови праці. Важливі наукові положення, на яких ґрунтується сучасне розуміння категорії справедливості, розроблені в працях О.О. Бандури, В.П. Горбатенка, В.Б. Ковальчука, А.М. Колодія, М.В. Костецького, Ю.М. Оборотова, П.М. Рабіновича, С.П. Рабіновича, Г.І. Чанишевої та ін. Вказані праці не втратили наукової цінності, проте в сучасних умовах питання справедливості в трудових правовідносинах набуває нового значення та потребує переосмислення, що викликає необхідність наукового дослідження за цією темою.

**Метою статті** є дослідження юридичної природи права на справедливі умови праці в міжнародному та європейському праві.

**Виклад основного матеріалу.** Соціально справедливим є такий стан трудових відносин, коли інтереси працівника та роботодавця реалізуються на основі соціального діалогу. Це, однак, не виключає необхідності захисту інтересів працівника як більш слабкої сторони трудового договору з боку держави. Незважаючи на те, що чинний Кодекс законів про працю України категорію «справедливість» ні в главі I «Загальні положення», ні в інших главах не згадує, основою перспективного трудового законодавства має стати принцип справедливості. Принцип справедливості покликаний впорядкувати й забезпечувати взаємодію всіх складових ланок механізму правової регламентації трудових відносин. Зазначимо, що 10 червня 2008 року МОП ухвалила Декларацію про соціальну справедливість задля справедливої глобалізації. У цьому акті зазначається, що в межах концепції гідної праці всі держави зобов'язані здійснювати заходи з досягнення чотирьох важливих завдань в таких сферах, як трудові права, зайнятість, соціальний захист і соціальний діалог [2].

На нашу думку, справедливі умови праці – це той мінімум соціальних та виробничих гарантій та умов, який має бути наданий людині в процесі праці. Право на справедливі умови праці об'єднує в собі комплекс прав, які захищають людину в статусі працівника. До нього входить право на безпечні та здорові умови праці, право на справедливую оплату праці, право на відпочинок, право на рівноправність і заборону дискримінації. Передусім необхідно звернути увагу на те, що право на справедливі умови праці не може бути реалізовано без права на справедливую оплату праці. Основоположну роль у міжнародно-правовому регулюванні оплати праці відіграють норми (стандарти), закріплені в найважливіших міжнародно-правових актах. Зазначимо, що в Загальній декларації прав людини сформульовано пакет основних невід'ємних і невідчужуваних трудових прав людини. Звернімося до ст. 23 Загальної декларації прав людини, де вказано: «Кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі й сприятливі умови праці та на захист від безробіття» [3].

Ця стаття закріплює й те, що «кожен працівник має право на справедливу та задовільну винагороду, яка забезпечує гідне людини існування

(її самої та її сім'ї) і яка в разі необхідності доповнюється іншими засобами соціального забезпечення». Зазначимо, що в Конституції України не повністю втілено соціальну основу цієї норми, тобто вона мінімізувалася в процесі імплементації. Не відображено в Законі те фундаментальне положення, що заробітна плата повинна бути справедливою. Тобто все законодавство повинно бути наскрізь пронизане принципом справедливості, і право на справедливую заробітну плату тут не має бути винятком.

Більш детально регламентовано основні трудові права людини в Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (1966 р.) Серед соціальних та економічних прав, проголошених і закріплених у цьому акті, трудові права займають значне місце. У число основних трудових прав увійшли: право на працю; право на справедливі та сприятливі умови праці, включаючи справедливую заробітну плату без дискримінації; задовільні умови існування для працівників та їхніх сімей; безпечні та здорові умови праці; однакові для всіх можливості просування по роботі виключно на основі трудового стажу та рівня кваліфікації; право на відпочинок; право на профспілкову організацію; право на страйк; особлива охорона праці та інтересів жінок-матерів, дітей і підлітків [4]. Згідно зі статтею 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, ратифікованою нашою країною, держави учасниці «визнають право кожного на справедливі й сприятливі умови праці, які містять, зокрема: а) винагороду, яка забезпечувала б як мінімум усім працівникам справедливую зарплату та рівну винагороду за працю рівної цінності без будь-якої відмінності, зокрема жінкам повинні гарантуватись умови праці не гірше ніж ті, якими користуються чоловіки, з рівною платою за рівну працю; б) задовільне існування для них самих та їхньої сім'ї».

Значний внесок у міжнародно-правове регулювання оплати праці зробила МОП. Конвенції та рекомендації МОП в основному присвячені процедурі та принципам встановлення державного мінімуму заробітної плати й забезпеченню її охорони для захисту матеріальних інтересів працівників. Так, Конвенція № 131 про встановлення мінімальної заробітної плати з особливим урахуванням країн, що розвиваються, 1970 р. зобов'язала держави ввести систему встановлення мінімальної заробітної плати, що охоплює групи працівників, умови яких роблять застосування такої системи доцільним [5].

Безпосередньо питанню оплати праці присвячені Конвенція МОП № 95 про охорону заробітної плати і Рекомендація № 85, що стосується правил виплати заробітної плати. Попри те, що Конвенція № 95 ратифікована нашою державою, весь період, що проводяться реформи в нашій країні, характеризуються систематичним порушенням положень даної Конвенції, які передбачають регулярну виплату заробітної плати. Крім згаданих конвенцій, реалізації права на справедливую оплату праці присвячено також інші конвенції. Так, згідно з Конвенцією № 100 про рівне винагородження чоловіків і жінок за працю рівної цінності 1951 р. держава повин-

на забезпечити застосування відносно всіх працівників, принципу рівної винагороди чоловіків і жінок за працю рівної цінності [7]. Пізніше Конвенція № 111 про дискримінацію в галузі праці та занять 1958 р. істотно розширила перелік підстав, за якими заборонялася дискримінація в оплаті праці. Зазначимо, якщо ж в Конвенції № 100 (рат. 1956 р.) заборонялася дискримінація тільки за ознаками статті, то в Конвенції № 111 дискримінація визначається як «всяка відмінність, недопущення або перевага, що проводиться за ознакою раси кольору, шкіри, статті, релігії, політичних переконань, іноземного походження, соціального походження (або з будь-якої причини, обумовленою державою) і що приводить до знищення або порушення рівності можливостей доступу до праці та до різних занять, а також до професійного навчання» [7]. Зазначимо, що Положення про заборону дискримінації в галузі праці та занять закріплено й у Декларації МОП про основоположні принципи та права у сфері праці 1998 р.

Відзначимо, що у ст. 4 Європейської соціальної Хартії (переглянутої) проголошується право на справедливі умови праці [8]. Варто вказати на ще один документ, який також є важливим у контексті нашого дослідження. Відповідно до ст. 5 Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників від 9 грудня 1989 року «будь яка праця повинна справедливо винагороджуватись. З цією метою <...> в кожній окремій країні працівникам повинна бути забезпечена справедлива заробітна плата, тобто достатня для того, аби вони могли забезпечити задовільний життєвий рівень: утримання із заробітної плати можуть здійснюватися лише відповідно до національного законодавства, при цьому в працівників мають залишитись кошти, необхідні для забезпечення існування їх та членів їхньої сім'ї» [9].

Аналіз чинних міжнародних нормативно-правових актів яскраво засвідчує, що в них міститься не лише вимога обов'язкового дотримання принципу справедливості, але й гарантія права працівників на справедливую заробітну плату.

Варто відзначити окремі позитивні зрушення в цьому аспекті, які передбачаються в проекті Трудового кодексу України. Вони лише частково відповідають розглянутим міжнародним стандартам. Таким чином, в п. 11 ст. 21 проекту Трудового кодексу вказано, що працівник має право на «справедливу оплату праці не нижчу від визначеної законом мінімальної заробітної плати та своєчасну її виплату в повному обсязі» [10]. Отже, право на справедливую заробітну плату є соціально-економічним правом, реалізація котрого потребує сприяння держави та зумовлює необхідність формування й функціонування ефективного механізму правового регулювання оплати праці. Це сприятиме здійсненню не лише права людини на справедливую плату за її працю незалежно від того, у якій сфері та ким вона працює, але й її права на життя.

Право на відпочинок належить до природних і невід'ємних прав людини. Зазначене право закріплене також у багатьох міжнародних актах. Відзначимо: якщо в Загальній декларації прав людини та в Міжнародному

пакті про економічні, соціальні та культурні права право на відпочинок розглядається в нерозривному взаємозв'язку з «розумним обмеженням робочого часу», то відповідно до переглянутої Європейської соціальної хартії воно входить у зміст права на справедливі умови праці.

Загальною декларацією прав людини проголошено, що кожна людина має право на відпочинок і дозвілля, включаючи право на розумне обмеження робочого дня та на оплачувану періодичну відпустку (ст. 24). У Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права зазначено, що держави, які беруть участь у Пакті, визнають права кожного на справедливі та сприятливі умови праці, включаючи, зокрема, відпочинок, дозвілля (ст. 7). Отже, принцип справедливості й у цьому документі знайшов своє нормативне відображення.

Більш детально це право також висвітлено у ст. 2 Європейській соціальній хартії (переглянутої), яка ратифікована Україною. Право на справедливі умови праці пов'язується зі встановленням розумної тривалості щоденної роботи та щотижневої роботи й поступовим скороченням робочого тижня з урахуванням підвищення продуктивності праці та інших відповідних факторів; встановленням оплачуваних святкових днів, щорічної оплачуваної відпустки тривалістю не менше чотирьох тижнів; усуненням ризиків, властивих роботам із небезпечними або шкідливими умовами праці, а у випадках, коли усунути або достатньою мірою зменшити такі ризики ще видається неможливим, встановленням для працівників, зайнятих на таких роботах, скороченої тривалості робочого часу або додаткових оплачуваних відпусток; забезпеченням щотижневого відпочинку, який по можливості збігається з днем, що за традиціями або звичаями відповідної країни чи регіону визнається днем відпочинку, та деякими іншими заходами.

На сьогодні діють дві Конвенції МОП, які стосуються щорічних оплачуваних відпусток. Конвенція № 52 про щорічні оплачувані відпустки 1936 р. частково є застарілою, і більшість розвинутих країн ратифікували Конвенцію № 132 про оплачувані відпустки 1970 р., яка застосовується до всіх осіб, які працюють за наймом, за винятком моряків. Вона встановлює, що кожна особа, до якої вона застосовується, має право на мінімальну 3-тижневу оплачувану відпустку за кожен рік роботи. У Конвенції передбачено можливість поділу відпустки на частини, але при цьому тривалість однієї частини не може бути меншою ніж два тижні [11]. Зазначимо: щодо регулювання відпусток моряків застосовується Конвенція № 146 про щорічні оплачувані відпустки морякам 1976 р. У цій Конвенції встановлюється мінімальна тривалість відпустки (не менше 30 календарних днів за один рік роботи) [12]. Крім зазначених конвенцій, питання відпочинку врегульовано в Конвенції № 14 про застосування щотижневого відпочинку на промислових підприємствах 1921 р., Конвенції № 106 про щотижневий відпочинок у торгівлі та установах 1957 р., Конвенції МОП № 47 про скорочення робочого часу до сорока годин на тиждень 1935 р. та ін.

Необхідно звернути увагу на те, що в 1974 р. Генеральною Конференцією МОП було прийнято ряд положень про оплачувані відпустки, які знайшли своє відображення в Конвенції МОП № 140 про оплачувані учбові відпустки та Рекомендації № 148. Слід зазначити, що з усіх конвенцій, прийнятих МОП у сфері регулювання відпусток, це єдина, яка дає визначення одного з видів відпустки.

В Україні кожен має право на відпочинок. Право на відпочинок передбачено Конституцією України (ст. 44). Слід зазначити, що в чинному законодавстві про працю не визначається поняття «час відпочинку». Проект Трудового кодексу України заповнив цю прогалину лише в частині визначення робочого часу. На нашу думку, Україні необхідно ратифікувати Конвенцію № 172 про умови праці в готелях, ресторанах та аналогічних закладах 1991 р. Згідно з її положенням до правового статусу цих працівників входять такі права: право на розумну тривалість робочого часу і понаднормовану роботу відповідно до національних законодавства та практики; право на прийнятий мінімальний щоденний і щотижневий відпочинок відповідно до національних законодавства та практики.

Право на безпечні й здорові умови праці належить до основних прав людини. Зазначене право закріплюється також в найважливіших міжнародно-правових актах. Передусім треба вказати на ст. 23 Загальної декларації прав людини 1948 р. Наступним міжнародно-правовим документом є Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. Відповідно до ст. 7 держави, що беруть участь у цьому Пакті, мають визнати право кожного на справедливі та сприятливі умови праці, умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни. Також в п. п. b, c, d ст. 12 зазначається, що право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я передбачає, зокрема, поліпшення всіх аспектів гігієни зовнішнього середовища та гігієни праці в промисловості; запобігання та лікування епідемічних, ендемічних, професійних та інших хвороб і боротьби з ними; створення умов, які забезпечували б всім медичну допомогу та медичний догляд у разі хвороби.

Зазначимо, питанням безпеки та гігієни праці присвячено низку конвенцій і рекомендацій МОП. Так, Конвенція МОП № 155 про безпеку та гігієну праці 1981 р. і відповідна Рекомендація № 164 передбачають механізми впровадження, реалізації та перегляду послідовної національної політики в галузі охорони праці, у тому числі механізми забезпечення консультацій та участі роботодавців, працівників та їхніх організацій, а також механізми реалізації такої політики на підприємствах [13]. Крім того, прийняті в 2006 році нова Конвенція № 187 про основи, що сприяють безпеці та гігієні праці, і відповідна Рекомендація № 197 підтверджують актуальність Конвенції № 155, передбачаючи національний системний підхід до управління охороною праці, а також поступове формування культури профілактики. Вартий уваги також факт, що Україною ратифіковано такі конвенції МОП з питань безпеки та гігієни праці: № 155 про безпеку й гігієну праці та ви-

робниче середовище, № 176 про безпеку й гігієну праці в шахтах, № 174 про запобігання великим промисловим аваріям, № 161 про служби гігієни праці, № 184 про безпеку й гігієну праці в сільському господарстві, № 129 про інспекцію праці в сільському господарстві, № 81 про інспекцію в промисловості й торгівлі.

Європейська соціальна хартія закріпила право на безпечні та здорові умови праці у ст. 3, де вказано, що з метою забезпечення ефективного здійснення права на безпечні та здорові умови праці держави зобов'язуються, консультуючись з організаціями роботодавців і працівників:

- *розробити*, здійснювати та періодично переглядати послідовну національну політику в галузі охорони праці, виробничої гігієни та виробничого середовища. Головною метою цієї політики є поліпшення охорони праці і виробничої гігієни, а також запобігання нещасним випадкам та травматизму, що виникають внаслідок виробничої діяльності, пов'язані з нею або мають місце в процесі її здійснення, зокрема шляхом мінімізації причин виникнення ризиків, властивих виробничому середовищу;

- *прийняти* правила з техніки безпеки та гігієни праці;

- *забезпечити* виконання таких правил шляхом нагляду за дотриманням їхніх вимог.

Варто звернути увагу на те, що право кожної людини на належні, безпечні та здорові умови праці – це конституційне право, встановлене ст. 43 Конституцією України. Крім того, Конституція України закріпила право людини на охорону здоров'я (ст. 49). Зазначимо, що в національному законодавстві право на належні, безпечні та здорові умови праці закріплено в багатьох нормативно-правових актах. Так, КЗпП України закріплює право на здорові та безпечні умови праці (ст. 2) [14], у ст. 6 Основ законодавства про охорону здоров'я встановлено право на охорону здоров'я, що передбачає серед іншого право на безпечні й здорові умов праці [15]. Також відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України «Про охорону праці» від 14.10.1992 р. (зі змінами та доповненнями) державна політики в галузі охорони праці визначається відповідно до Конституції України та спрямована на створення належних, безпечних і здорових умов праці [16].

У науці трудового права найчастіше належні, безпечні та здорові умови праці розглядаються як комплекс умов праці, кількості та якості обладнання, порядку та способів його використання, стан робочого приміщення та навколишнього середовища [17, с. 71]. Тобто до належних, безпечних і здорових умов праці частіше відносять матеріальний складник забезпечення процесу праці. Україні необхідно ратифікувати Конвенцію № 170 про безпеку в застосуванні хімічних речовин в виробництві, яка була ухвалена у зв'язку з великою кількістю аварій на різних промислових об'єктах, що супроводжувалося витоком небезпечних хімікатів, отруєнням працівників. Цей міжнародно-правовий акт передбачає значну відповідальність роботодавця за ідентифікацію та переміщення хімічних речовин, їх отруйний вплив на працівників.

Право на рівноправність і недопущення дискримінації є одним із основоположних загальновизнаних прав людини. Міжнародно-правовий захист від дискримінації у сфері праці є невід'ємною частиною системи захисту прав людини. Заборона дискримінації у сфері праці є одним із найважливіших і першочергових напрямів діяльності міжнародних організацій, які з метою вирішення цієї проблеми ухвалили низку нормативних документів.

Варто наголосити, що Загальна декларація прав людини визначає, що всі люди народжуються вільними та рівними у своїй гідності та правах. Статтею 7 закріплено, що всі люди рівні перед законом і мають право на рівний їх захист законом. Усі люди мають право на рівний захист від якої б то не було дискримінації, що порушує Декларацію, і від якого б то не було підбурювання до такої дискримінації.

Міжнародний пакт про громадянські та політичні права проголошує в ст. 26, що всі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист закону [18]. Відзначимо, що міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (ст. 2) також забороняє дискримінацію в будь-якій формі.

Основними міжнародно-правовими актами у сфері захисту від дискримінації є Міжнародна Конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 р., Конвенція МОП № 111 про дискримінацію в галузі праці та занять 1958 р. та Конвенція МОП № 100 про рівну винагороду чоловіків і жінок за працю рівної цінності. Зазначимо, що Конвенція МОП № 111 про дискримінацію в галузі праці та занять розкриває термін «дискримінація».

Європейська соціальна хартія (переглянута) (1996 р.) у ст. 20 та Хартія Співтовариства про основні соціальні права працівників (1989 р.) у ст. 16 окремо виділяють заборону дискримінації за ознакою статі, а Європейська Конвенція про захист прав людини [19] (ст. 14) забороняє расову дискримінацію.

Необхідно звернути увагу на те, що великий досвід у боротьбі проти дискримінації накопичено в Європейському Союзі. Питання доказування розглядаються в Директиві 2006/54/ЄС про реалізацію принципу рівних можливостей чоловіків та жінок та рівного до них ставлення у сфері праці та занять, Директиві 2000/78/ЄС про реалізацію принципу рівного ставлення до людей незалежно від раси чи етнічного походження, Директиві 2000/78/ЄС про встановлення основних правил про рівність у сфері праці та зайнятості.

У законодавстві України широко використовується термін «дискримінація» і похідні від нього, що свідчить про визнання його юридичним терміном. Необхідно зазначити, що особливе місце відводиться Конституції України (ст. 24), КЗпП України та деяким законам України. Сьогодні в Україні діє Стратегія діяльності у сфері запобігання та протидії дискримінації в Україні на 2014 – 2017 роки, затверджена наказом Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини 05.11.2013 року. У проекті Трудового кодексу Укра-

їни виділено окремою статтею (ст. 4) заборона дискримінації у сфері праці. Варто зазначити, що Україна імплементувала в національну юридичну практику найважливіші міжнародні норми про гендерну рівність. Так, Україна ратифікувала Конвенцію ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок і Факультативний протокол до неї, а також усі основні Конвенції Міжнародної організації праці (МОП), серед яких Конвенція МОП № 100 про рівну винагороду, Конвенція МОП № 111 про дискримінацію в галузі праці та занять і Конвенція МОП № 156 про працівників із сімейними обов'язками, Конвенція МОП № 105 про скасування примусової праці 1957 р.

Таким чином, для створення сучасного й ефективного трудового законодавства Україна повинна використовувати міжнародний досвід, спиратися на нормотворчу практику МОП. Для цього Україні необхідно ратифікувати перспективні для національного трудового законодавства Конвенції № 167 про безпеку та гігієну праці на будівництві 1998 р., Конвенцію № 175 про роботу на умовах неповного робочого часу 1994 р., Конвенцію № 177 про надомну працю 1996 р., Конвенцію № 189 про гідну працю домашніх працівників 2011 р., Конвенцію № 181 про приватні агентства зайнятості.

**Висновки.** Дослідивши право на справедливі умови праці, ми приходимо до висновків, що зазначене право визнане, нормативно закріплене в міжнародно-правових актах і є своєрідним стандартом, на який треба рівнятись. Відзначимо, що законодавство України не надає визначення поняття «справедливі умови праці». На нашу думку, доцільно запозичити термін «справедливі умови праці» та в повному обсязі закріпити його в національному законодавстві. Вбачається, що в перспективі це могло б посприяти удосконаленню трудового законодавства в цій сфері, його наближенню до міжнародно-правових стандартів.

#### *Література:*

1. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Декларация МОП «О социальной справедливости в целях справедливой глобализации». Принята 10 июня 2008 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.ilo.org/wcmsp5/group/public/@dsreports](http://www.ilo.org/wcmsp5/group/public/@dsreports).
3. Загальна декларація прав людини: прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1997. – № 5. – Ст. 19.
4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права: прийнятий і відкритий для підписання, ратифікації і приєднання резолюцією 2200А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 року // Міжнародні акти про права людини. Збірник документів. – М.: Видавнича група НОРМА-ИНФА-М, 1998. – С. 60–62.
5. Конвенція МОП № 131 про встановлення мінімальної заробітної плати з особливим урахуванням країн, що розвиваються 1970 р. // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці (1965–1999 рр.): у 2 т. – Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. – Т. II. – 1999. – С. 1413–1416.

6. Конвенція МОП № 100 про рівне винагородження чоловіків і жінок за працю рівної цінності 1951 р. // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці (1919–1964 рр.) : у 2 т. – Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. – Т. I. – 1999. – С. 449–453.
7. Конвенція МОП №111 про дискримінацію в галузі праці і занять 1958 р. // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці (1919–1964 рр.) : у 2 т. – Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. – Т. I. – 1999. – С. 459–497.
8. Європейська соціальна хартія (переглянута) : прийнята Радою Європи 3 травня 1996 року, підписана Україною 7 травня 1999 року та ратифікована Законом України від 14 вересня 2006 року // Урядовий кур'єр. – 2006. – № 189.
9. Хартія Співтовариства про основні соціальні права працівників від 09.12.1989 р. / Офіційний портал Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_044](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_044).
10. Трудовий кодекс України: проект Закону України від 20.05.2015р. № 1658 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua>.
11. Конвенція МОП № 132 про оплачувані відпустки (переглянута у 1970 р.) // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці (1965–1999 рр.) : у 2 т. – Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. – Т. II. – 1999. – С. 1413–1422.
12. Конвенція МОП № 146 про щорічні оплачувані відпустки морякам 1976р // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці (1965–1999 рр.) : у 2 т. – Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. – Т. II. – 1999. – С. 1423–1432.
13. Конвенція МОП № 155 про безпеку та гігієну праці й виробниче середовище 1981 р. // Конвенції та рекомендації МОП, ухвалені Міжнародною організацією праці (1965–1999 рр.) : у 2 т. – Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. – Т. II. – 1999. – С. 1433–1437.
14. Кодекс Законів про працю України : Закон України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – № 50. – Ст. 375.
15. Основи законодавства про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801 – XII (ред. від 01.01.2016 р). // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 19.
16. Про охорону праці : Закон України від 14 жовтня 1992 року № 2694-XII (із змін. та допов.) // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 49. – Ст. 668.
17. Ізуїта П.О. Поняття належних та безпечних умов праці / П.О. Ізуїта // Форум права. – 2007. – № 2. – С. 71.
18. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: прийнято і відкритий для підписання, ратифікації і приєднання резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16.12.1966 року // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К. : Юрінформ, 1992. – С. 36–63.
19. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: прийнята Радою Європи 4 листопада 1950 року, ратифікована Законом України від 17 липня 1997 року // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 215.

**Трюхан О. А. Право на справедливые условия труда: международно-правовой аспект**

**Аннотация.** В статье рассматриваются содержание и значение права на справедливые условия труда. Анализируются международно-правовые акты и некоторые нормы трудового законодательства. Сделаны выводы и даны предложения по усовершенствованию правового регулирования в данной сфере.

**Ключевые слова:** Конституция Украины, справедливость, справедливые условия труда, право на справедливые условия труда, работник, работодатель, условия труда, здоровые и безопасные условия труда.

**Triukhan O. The right to fair working conditions: international legal aspects**

**Summary.** The article deals with the content and importance of the right to fair working conditions. The article analyzes the international legal acts and some provisions of labor legislations of Ukraine. The article emphasizes that the right to fair working conditions is enshrined in major international instruments. It is noted that the right to just conditions of work combines a range of rights that protect the person in the status of the employee. It includes right to safe and healthy working conditions, right to fair wages, right to leisure, the right to equality and prohibition of discrimination. There are conclusions and suggestions for improvement of legal regulation in this area.

**Key words:** Constitution of Ukraine, justice, fair working conditions, right to fair working conditions, employee, employer, working conditions, healthy and safe working conditions.

# МІЖНАРОДНЕ ДОГОВІРНЕ ПРАВО

---

УДК 341.223:321.244

**БОРИСОВ Є. Є.,**

аспірант

Міжнародного гуманітарного університету

## ЕВОЛЮЦІЯ ДОКТРИНАЛЬНИХ ПІДХОДІВ ДО ПРОБЛЕМИ ВІДСТУПУ ВІД МІЖНАРОДНИХ ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

**Анотація.** Статтю присвячено дослідженню еволюції поглядів на проблему зобов'язання, виконання зобов'язань та відступу від такого виконання у працях вчених, філософів і юристів Стародавнього світу, Середньовіччя та Нового часу. Висвітлено взаємний зв'язок та кореляцію відповідних наукових підходів і шкіл, наведено спільні підходи щодо зазначених питань.

**Ключові слова:** договір, зобов'язання, відступ від зобов'язання, міжнародне право, природне право, суверен.

**Постановка проблеми.** В умовах уніфікації та розвитку вітчизняного науко-правового простору важливим вбачається правовий аналіз питань, пов'язаних із відступом держави від власних зобов'язань у сфері прав людини та гуманітарних відносин. Така, що зростає, цікавість української юридичної школи до аспектів гуманітарного, військового права та стандартів прав людини поки не може вчасно забезпечити практичні потреби держави та суспільства, тому нагальною є потреба у відповідних наукових роботах. Констатуючи необхідність удосконалення законодавства у сфері захисту прав людини з урахуванням практичних питань, які постали в особливий період під час зовнішньої агресії та проведення антитерористичної операції, варто особливу увагу приділити саме аспектам відступу держави від зазначених міжнародних зобов'язань.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Висвітлена автором проблематика, як не парадоксально, досі є малодослідженою як у сучасній

доктрині міжнародного права, так і в роботах, присвячених теорії права та історії політико-правових вчень. Можна тільки вказати на окремі праці сучасних авторів, які стосуються практичних аспектів відступу держав від міжнародних зобов'язань у сфері прав людини за окремими універсальними та регіональними угодами, у яких аналіз праць вчених минулих епох майже не проводився. Це публікації М.К. Абдуллаєва, К.Є. Грецової, М.Л. Ентіна, Л.І. Звягінцевої, Н.Ю. Іванової, Ю.М. Малеева, Н.С. Нікітенко, О.В. Осинської, Н.С. Сімонової, А.Є. Стрекалова, А.Р. Султанова, Е.В. Тітко, І.Д. Ягофарової.

**Метою статті** ми визначили загальний комплексний аналіз еволюції поглядів на проблему зобов'язання, виконання зобов'язань та відступу від такого виконання в міжнародно-правовому вимірі у працях вчених, філософів і юристів Стародавнього світу, Середньовіччя та Нового часу. Для вирішення цієї мети необхідно визначити зміст розуміння у відповідних роботах категорій відповідних зобов'язань, ставлення до їхніх форми та змісту, визначення їх належності до природного, божого чи внутрішньодержавного права, характеристики можливості та умов, критеріїв справедливості та правомірності відступу від таких зобов'язань.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** З найдавніших часів увага вчених, філософів і юристів приділялася питанням змісту зобов'язання, виконання та невиконання зобов'язань. Часто робилися спроби пов'язувати питання зобов'язань та справедливості. Ще Горацій оголошував довіру «сестрою справедливості»; Апулей ототожнював справедливість та «істину», визначаючи їх як «вірність»; Симонід розумів справедливість як повернення отриманого, як і правдивість у промовах. Посилаючись на ці позиції, Г. Гроцій визначав обіцянки, як такі, що виходять з природи «непорушної справедливості, загальної в своєму роді, богу і всім тим, хто має розум», цитуючи притчі Соломона: «Сину мій, якщо ти обіцяв що-небудь іншому, ти пов'язав свої руки на користь іншого; ти потрапив в мережі за слів своїх уст; ти пов'язаний висловом із вуст твоїх» [1, с. 330, 331].

Марк Т. Цицерон у трактаті «Про обов'язки» (*De officiis*) вказував, що «часто бувають обставини, коли те, що здається повністю гідним порядної людини, яку ми звемо чесним мужем, змінюється та стає власною протилежністю <...> щодо того, що стосується істини та вірності слову, іноді справедливо відмовитися та слово не тримати». У таких ситуаціях М.Т. Цицерон пропонував «посилатися на засади справедливості»: «по-перше, нікому не вчинювати шкоди; по-друге, слугувати загальній користі»; і хоча «у зв'язку з обставинами це змінюється, змінюється також і обов'язок, та не завжди він залишається тим самим», адже можливо «укласти таку угоду, що її виконання буде згубним або для того, кому було обіцяно, або для того, хто обіцяв» [2, с. 32, 44].

Пізніш, критикуючи позицію М.Т. Цицерона, Гуго Гроцій писав, що «Цицерон висловився занадто загально, кажучи, ніби не підлягають дотриманню обіцянки як непотрібні для тих, до кого вони звернені, так само як і

такі, які шкідливіші для тебе, ніж корисніші для того, кому дано обіцянку. Бо чи є корисною річ тому, кому вона обіцяна, – про це людина, яка надала обіцянку, не має судити, крім випадку божевілля зацікавленої сторони». Але Г. Гроцій погоджується з тезою М.Т. Цицерона про те, що «якщо ти обіцяєш кому-небудь виступити захисником у справі, а тим часом тяжко захворіє твій син, то невиконання обіцянки не буде порушенням обов'язку» [1, с. 412].

Луцій А. Сенека у трактаті «Про благодіяння» висловлювався із цієї проблематики так: «Ч обманюю довіру, я ризикую накликати докір у не-сумлінності, якщо, незважаючи на незмінність обставин у тому вигляді, як вони склалися в момент цієї обіцянки, я все-таки не виконаю обіцяне. Але саме незначна зміна обставин надає мені свободу відновити переговори спочатку й звільняє мене від відповідальності. <...> Я обіцяв відправитися з тобою в далеку дорогу, але шлях, як стало відомо, кишить розбійниками. Я був готовий з'явитися на розгляд справи, але хвороба сина або наближення пологів дружини мене затримали. Усе має залишатися в тому положенні, як було в момент, коли обіцянка надавалася, щоб настала відповідальність того, хто обіцяв [за невиконання обіцяного]» [3, с. 145]. Щодо відступу від норм права Л.А. Сенека у трактаті «Про спірні питання» також відзначав таке: «Ти заперечуєш, що закон не терпить вилучень, але хоча багато прямо не виключається, проте вилучення мається на увазі. Буква закону строга, тлумачення ж гнучко. Багато що, однак, настільки очевидно, що відсутня будь-яка потреба в особливій передбачливості» [1, с. 501].

М.Т. Цицерон додавав, що «наша доброта не має перевищувати наших можливостей, це та подібне слід брати до уваги під час виконання будь-якого обов'язку (до чого слід себе привчити та мати досвід), щоб ми могли бути добрими майстрами для розчислення обов'язків». Також цей мислитель казав, що, виконуючи обов'язки, «слід уникати становища, коли ми потрапимо в небезпеку невинувато, ніщо не може бути безглуздішим» та що кожен вчинок під час виконання зобов'язань «має бути вільним від необачливості та недбалості та ми не маємо вчиняти нічого, що не може бути виправданим» [1, с. 81].

Також істотна увага мислителів минулих часів приділялася питанню застосування (і, відповідно, незастосування) права та інших зобов'язань у надзвичайних обставинах і під час співвіднесення публічного та приватного інтересу. Г. Гроцій наводив норму «єврейського закону, за яким підлягає смерті той, хто надасть непокору тому, кого бог в надзвичайному порядку обере правителем народу» [1, с. 80], та цитує «Послання до римлян» апостола Павла, де в категорію покори включено «необхідність не противитися владі, і не тільки зі страху більшого зла, але зі свідомості обов'язку, і не тільки щодо людей, а й щодо бога». На думку Г. Гроція, апостол «мав на увазі загальну мету, яка переслідується таким порядком, а саме державний спокій, який обіймає і приватність»; при цьому наводиться позиція Іоанна Златоуста про те, що «якби не було в державах урядів, ми жили б в більшій

дикості, ніж дикі звірі, не тільки кусаючи, але і пожираючи один одного» [1, с. 160].

Старогрецький історик Фукідід цитував Перикла, за яким «навіть окремим людям корисніша така держава, яка є благополучною загалом, ніж країна, у якій процвітають приватні вигоди, але ціле терпить збитки. <...> Навпаки, якщо навіть хтось в облаштованій державі має невелику долю щастя, у цій все ж краще забезпечена його безпека; тому, якщо держава може перенести навіть лиха окремих громадян, окремі громадяни не можуть перенести суспільних лих. Ксенофонт із цього приводу відзначав, що той, «хто на війні повстає проти вождя, перешкоджає власному благополуччю» [1, с. 161]. У діалозі «Закони» Платон відзначав таке: «Спільні справи пов'язують держави, але приватні інтереси їх руйнують; із цього випливає, що для держави та для приватних осіб доцільніше дбати про загальне, а не про особисте благо». При цьому чисельні норми права не завжди сприяють такому досягненню, адже за Ісократом «той, хто бажає бути громадянином впорядкованої держави, не має наповнювати портики писаними законами, але повинен зберігати накреслені в душі засади справедливості» [1, с. 162, 210].

Г. Гроцій критикує погляди Габріеля Васкеса щодо позиції, за якою держава не повинна відносити на свій рахунок збиток, заподіяний під час війни, оскільки право війни допускає саме заподіяння такого збитку, але припускає, що внутрішньодержавним законом може не дозволятися позов до держави про відшкодування приватного майна, втраченого під час війни, щоб «кожен тим запекліше захищав своє надбання». Цей автор також вказує на «інтереси державного блага, якому, мабуть, погодилися принести в жертву свої приватні інтереси ті, хто вступив в цивільний союз», але погоджується з Г. Васкесом у тому, що «здатність зобов'язувати верховні влади <...> не повинна ні поширюватися нескінченно, ні обмежуватися надмірно вузькими межами, її слід сприймати як таку, що підлягає прийняттю, що спирається на розумну підставу» [1, с. 770].

Щодо реагування на небезпеку Джон Локк вказує, що «цілком розсудливо та справедливо, щоб я мав право знищити те, що загрожує мені знищенням», адже за «основним законом природи потрібно прагнути оберігати людини наскільки можливо; коли не можна вберегти всіх, то необхідно передусім думати про безпеку невинних» і що «людина може знищити того, хто з ним воює або проявляє ворожість стосовно нього і є загрозою для його існування, з тієї ж причини, з якої він може вбити вовка або лева; адже люди ці не пов'язані узами загального закону розуму, ними керують лише сила та насильство» При цьому Дж. Локк пропонує розрізняти природний стан і стан війни [4, с. 312], адже в першому стані існують зобов'язання та відступи від них за природним правом, а в стані війни здебільшого відсутні самі зобов'язання.

Інші стародавні та середньовічні філософи також висловлювалися з проблеми відступу від зобов'язань і з відповідності виконання зобов'язань

ню. Таку відповідність Аристотель у трактаті «Етика Нікомаха» детермінує як «гідність»; його коментатор Михайло Ефеський пов'язує при цьому категорії відповідного та пропорційного. Г. Гроцій наводив позицію стародавніх єврейських і християнських філософів, а також Синезія Кіренського про те, що «навіть деякі закони Божі, хоча й видані в загальній формі, включають мовчазне вилучення на випадок крайньої потреби», адже дотримання заборон щодо суботи не діє, наприклад, «якщо нашому життю безсумнівно загрожує крайня небезпека» [1, с. 165].

Франсіско Суарес у трактаті «Про закони» («De Legibus») вважав, що для того щоб бути справедливим, необхідно прагнути доброго кінця шляхом загального блага та вжиття чесних заходів. Тому «той, хто прагне закону, вчиняючи чесно та задля загального добробуту, керується мірою сили закону, яка стає доброю через власну силу», але водночас «закон можна спостерігати й через злі вчинки, але навіть тоді цей закон має щось добре за своєю природою» [6].

Тривалий час у праві (у «Висновках» юриста Павла, у «Інституціях» Гая) містилися розрізнення обіцяного та формального зобов'язання (відповідно лат. *sponsio* та *stipulatio*). Наприклад, Л.А. Сенека казав: «бо не обіцяють тобі, але дають формальне зобов'язання». Публій К. Тацит у «Історії» із цього приводу відзначав, що «боягузливим людям, що підміняють слова клятви різними хитрощами, властиве усвідомлення власної нікчемності». Амвросій Медіоланський відзначав, що «Ісус Навин не вважав необхідним розірвати укладений мирний договір, тому що останній був скріплений святістю клятви; він побоювався, щоб заради викриття чужого віроломства не порушити вірності клятви». Тит Лівій вказував на приклад мешканців Ахаї, які, зважаючи на те, що римляни не схвалили деяких їхніх учинків, підтверджених клятвами, попросили римлян змінити власну поведінку щодо ахаян на свій розсуд, але не примушувати самих ахаян вчинювати будь-що всупереч освяченому клятвою [1, с. 312].

Сучасні дослідники наводять вислів Ульпіана «коли немає жодної підстави, то встановлено, що в силу угоди не може виникати зобов'язання <...> а сама по собі «угода не породжує зобов'язання, але породжує ексцепцію» (тобто процесуальне заперечення) і підкреслюють, що «всупереч поширеній думці право Стародавнього Риму ще не знало правила обов'язковості всіх договорів» (вочевидь, і в *jus inter gentes*). Констатується, що правило «всіх договорів слід дотримуватися» (лат. *pacta sunt servanda*) прийнято пов'язувати із середньовічним канонічним правом, адже воно «ґрунтувалося не так на джерелах римського права, як на авторитетних християнських текстах (листах єпископів, постановах церковних соборів) <...> у яких була відображена ідея, що перед Богом усі обіцянки рівні, а відступ від них рівносильний брехні, а тому є гріховним і заслуговує на церковне засудження» [7, с. 43].

При цьому наводиться позиція Леонарда Лессія, який у трактаті «Про справедливість та право» прагнув «визнати невиконання обіцянки різно-

видом несправедливості», підстави чого він бачив «не у Зводі Юстиніана, а у висловлюваннях середньовічних богословів і античних філософів». Але, підсумовує Д.Ю. Полдніков, ніхто із середньовічних схоластів «не дав пояснення, яким чином невірність своєму слову порушує аристотелівську компенсаторну справедливість» [7, с. 43].

Г. Гроцій, аналізуючи цю позицію стародавніх і середньовічних авторів щодо клятви та зобов'язання, також додає міркування християнських філософів (Фоми Аквінського, Каєтана Тієнського, Франческо Граціана та Домінго де Сото), за якими «якщо обітницю дано проти інших <...> клятва не зобов'язує, якщо вона суперечить вдосконаленню». Він указує на промову Петра, посла імператора Юстина II до Хосроя, щодо попередніх обіцянок імператора Юстиніана, «адже не тільки в силу звичаїв, але й у силу закону, не вигідного для держави, навіть якщо сам імператор затвердив такий звичай або освятив законом, держава ніколи не може бути пов'язаною». Водночас Г. Гроцій наводить позицію Сідонія Аполлінарія про те, що «держава завжди відповідає за все, що б государ не обіцяв» [1, с. 340, 411].

Аналізуючи це питання, Г. Гроцій відзначає, що «не можна знайти жодної підстави того, яким чином закони, які становлять хіба що загальний договір народу і цим ім'ям називаються в Аристотеля та Демосфена в «Риториці» <...> можуть надати угодам обов'язкову силу, якщо воля кожної особи, яка прийняла рішення вступити в зобов'язання, ніяк не в змозі зробити нічого подібного, особливо там, де внутрішньодержавний закон не ставить ніяких перешкод». Він наводить вислів Аристотеля («Етика Нікомаха») про того, «хто зі страху перед аварією корабля викидає свої речі, хто був би готовий зберегти їх за умови, якби йому не загрожувала аварія корабля, але виражає волю втратити їх безумовно в зв'язку з обставинами місця й часу» [1, с. 333].

Але Г. Гроцій визнає, що «обіцянки, договори та клятви царів і тих, хто нарівні з ними наділений верховними правами в державі, містять особливого роду питання як про те, що слід їм в силу їхніх власних дій, так і про те, як годиться чинити їх наступникам». З цього приводу Жан Боден казав, що керівник держави може розірвати зобов'язання з тих самих причин, як і підданий, тобто в разі обману або злого умислу, помилки або внаслідок укладення угоди під загрозою, як у ставленні до прав верховної влади, так і щодо того, що стосується його приватних інтересів. Ж. Боден висловлював думку, що король не пов'язаний навіть клятвою, якщо укладені договори такі, що закон дозволяє від них відступитися, хоча б самі договори були згодні з гідністю государя; бо король «пов'язаний ними не своєю клятвою, а тому що кожен пов'язаний законними договорами в інтересах третіх осіб» [1, с. 375].

Ф. де Віторія в лекції «Про громадянську владу» вказував, що підґрунтя закону може припинитися двояко: або коли умови передбачені законом, змінено, або якщо коли «зникає підстава для встановлення закону, зникає і сенс його збереження», і «якщо закон більш не корисний..., це вже

не закон», водночас стосовно цих принципів «належить брати до уваги не приватну, але загальну підставу» [8, с. 65]. Г. Гроцій додає, що «якщо навіть обіцяне і не противно закону, але цьому перешкоджає якомусь більшому моральному благу, то клятва теж не матиме сили, тому що ми зобов'язані перед богом здійснювати благодіяння так, щоб не позбавити самих себе можливості добута більшого добра» [1, с. 329].

З цього приводу Г. Гроцій, цитуючи постглюсаторів Бальда де Убальдуса, Габріеля Васкеса та Павла Кастренсіса вказує, що «майже всі юристи згодні в тому, що договорами, укладеними государем із підданими, він зобов'язується лише в силу природного, але не внутрішньодержавного права», але навіть придбане право може бути відібране государем у підданих, зокрема в силу прав верховної власності, для чого необхідна наявність державного інтересу. При цьому «якщо в силу будь-яких обставин договір стане загрожувати не просто якимось збитком, але навіть небезпекою для держави, так що з самого початку його мало б оголосити несправедливим і незаконним, то тоді можливо його не тільки розірвати, але й оголосити надалі необов'язковим, як якщо б він був поміщений під умовою, без якого він стає незаконним» [1, с. 377, 378].

Джон Локк у «Двох трактатах про правління» міркує про виконання зобов'язань так: «Кожен із нас, оскільки він зобов'язаний зберігати себе і не залишати самовільно свій пост, зобов'язаний з тієї ж причини, коли його життю не загрожує небезпека, наскільки може, зберігати іншу частину людства і не повинен, крім як творячи правосуддя стосовно злочинця, ні позбавляти життя, ні зазіхати на неї, так само як і на все, що сприяє збереженню життя, свободи, здоров'я, членів тіла або власності іншого». Цей автор підтверджує позицію Г. Гроція про те, що «всі государі та правителі незалежних держав у всьому світі перебувають у природному стані», що все суспільне «співтовариство являє собою одне ціле, що перебуває в природному стані щодо всіх інших держав або осіб, що не належать до цієї спільноти». Дж. Локк вказує, що «не всяка угода кладе кінець природному стану між людьми, але тільки те, коли люди взаємно погоджуються вступити в єдину спільноту й створити одне політичне тіло»; що «люди можуть давати один одному зобов'язання й укладати інші угоди та все ж таки залишатися, як і раніше, у природному стані» [4, с. 267–269, 312].

Французький автор XVI ст. Франсуа Конан обґрунтовував позицію, за якою за природним правом і за правом народів договори, які не мають характеру двосторонньої угоди, не накладають жодних зобов'язань; однак вони можуть виконуватися в силу сумлінності, якщо тільки предмет їх такий, що надання чогось залежить також від сумлінного обіцянки і згідно з якою-небудь чеснотою. На його думку «справедливо визнавати сумлінність кожного і не вимагати виконання зобов'язання з необхідністю», адже «ганебно не виконувати обіцянки не внаслідок несправедливості, але внаслідок виявленої легковажності обіцянки». Ф. Конан відзначав, що необхідно «виконувати не те, що обіцяно, але те, що становить суттєвий інтерес»;

ця позиція зазнала гострої критики Г. Гроція, за якою «це означає нікчемність угод між государями і різними народами, поки за ними що-небудь ще тільки належить, особливо в тих країнах, де не встановлена певна форма союзних договорів або взаємних обіцянок» [1, с. 328, 329].

За міркуваннями Дж. Локка, оскільки «може виникнути цілий ряд обставин, коли суворе і неухильне дотримання законів може принести шкоду», така влада має право «діяти відповідно до власного розуміння заради суспільного блага, не спираючись на приписи закону, а іноді навіть всупереч йому»; це її право називається вказаним філософом «прерогативою». На його думку, така влада, «поки вона вживається на благо суспільства і згідно з відповідальністю та цілями уряду, безсумнівно, є прерогативою й ніколи не ставиться під сумнів», адже народ погоджувався з учиненням государями «і без найменшої скарги давав їм можливість збільшувати скільки завгодно свою прерогативу, справедливо вважаючи, що вони цим не завдавали шкоди законам, оскільки вони вчиняли згідно з основою і метою всіх законів – суспільним благом» [4, с. 357].

Томас Гоббс у «Левіафані» визначав природний закон, *lex naturalis*, як «припис або знайдене розумом загальне правило, за яким людині забороняється робити те, що згубно для її життя чи що позбавляє її засобів до її збереження, і нехтувати тим, що вона не вважає найкращим засобом для збереження життя». Визначаючи перший і основний природний закон «слід шукати миру та слідувати йому», Т. Гоббс відніс до його другої частини «право захищати себе всіма можливими засобами» [9, с. 98].

Т. Гоббс вказує, що «коли людина переносить своє право або відрікається від нього, то вона це робить або через якесь право, яке переноситься на нього самого, або заради якогось іншого блага, яке вона сподівається придбати», адже «таке зречення, або відчуження, є добровільним актом, а метою добровільного акту будь-якого людини є яке-небудь благо для себе». Ось чому, вказує Т. Гоббс, є «деякі права, про які не можна вважати, щоб хто-небудь міг поступитися ними або передати їх», наводячи приклад того, що «людина не може відмовитися від права чинити опір тим, хто нападає на неї з метою позбавити її життя, тому що не можна думати, щоб вона сподівався придбати таким шляхом яке-небудь благо для себе» або що «право опору нападу має на меті завдати рани, накласти кайдани або ув'язнити». Взаємне перенесення права, додає Т. Гоббс, є те, «що люди називають договором» [9, с. 100].

Тому, додає Т. Гоббс, «якщо укладено угоду, при якому жодна зі сторін не виконує своїх зобов'язань негайно, а довіряє один одному, то в природному стані... така угода в разі хоч якось обґрунтованій підозрі однієї зі сторін, що противна сторона не виконає своїх зобов'язань, виявляється недійсною»; якщо ж «є загальна влада, що стоїть над обома сторонами, має право і досить сил, щоб примусити їх до виконання угоди», то вона є дійсною; «але такої примусової влади не можна припускати в природному стані, де всі люди рівні й самі вирішують, наскільки справедливі їхні власні побоювання»

[9, с. 104]. Варто додати, що Т. Гоббс услід за Г. Гроцієм та Дж. Локком детермінує міжнародні зносини як такі, що здійснюються суверенами виключно в природному стані за відсутності глобальної наддержавної влади.

Міркуючи про відповідні права суверена, Т. Гоббс вказує, що той іде проти власного природного обов'язку (боргу), поступаючись іншому або відрікаючись від якогось із власних прав, «бо той, хто відмовляється від засобів, які ведуть до певної мети, тим самим відмовляється також і від цих цілей, а відмовляється від засобів той, хто, будучи сувереном, визнає себе підлеглим цивільним законам або відмовляється від права вищої юрисдикції, або від права власною владою оголошувати війну і укладати мир, або від права визначати потреби держави <...> коли і скільки він по совісті вважатиме за потрібне» [9, с. 260].

Водночас, за позицією Т. Гоббса, в неприродному, цивільному стані «причиною боязні, що робить угоду неспроможною, має завжди бути те, що виникло після укладення угоди, якийсь новий факт або інше виявлення волі до невиконання», інакше «ця причина не може зробити угоду недійсною, бо те, що не заважає людині обіцяти, не може бути визнано перешкодою до виконання». З цих тез зазначений автор вивів третій природний закон про те, що «люди повинні виконувати укладені ними угоди, без чого угоди не мають ніякого значення і є лише порожніми звуками, а раз при цьому залишається право всіх на все, то люди продовжують перебувати в стані війни» [9, с. 108, 109].

Шарль Л. Монтеск'є у творі «Про дух законів» констатує, що «міжнародне право природно ґрунтується на тому принципі, за яким різні народи повинні під час миру робити один одному якомога більше добра, а під час війни – заподіювати наскільки можливо менш зла, не порушуючи при цьому своїх справжніх інтересів». Водночас Ш.Л. Монтеск'є вказує, що за умов, коли відповідні закони «відрізняються такою великою кількістю правил, застережень і епідемій, завдяки яким збільшується кількість приватних випадків», сам розум для їх відповідного усвідомлення та застосування «звертається, мабуть, до особливого роду мистецтва» [10, с. 144].

Цей автор визнає, що «хоча у всіх держав є одна загальна їм усім мета, яка полягає в охороні свого існування, проте у кожної з них є і своя особлива, йому тільки властива мета», та вказує, що «у державах, де найбільш дорожать свободою, існують закони, що дозволяють порушити свободу одного, щоб зберегти її для всіх». На думку Ш.Л. Монтеск'є, «якби законодавча влада опинилася в небезпеці внаслідок якоїсь таємної змови проти держави або будь-яких зносин із зовнішнім ворогом, то вона могла б дозволити виконавчій владі заарештувати на короткий і обмежений час підозрілих громадян, які в такому разі втратили б свободу на час для того, щоб зберегти її назавжди». Зазначений філософ схвально ставиться до «звичаю, що існує у вільних народів світу: у деяких випадках на свободу слід накинути покривало, подібно до того, як закривали іноді статуї богів» [10, с. 136, 144].

Дж. Бентам у праці «Принципи міжнародного права» вказував, що жодна нація не зобов'язана змінювати «очевидну для неї точку справедливості на іншу», жодна нація не має відмовлятися ні від чого, на що вона дивиться як на власні права, та не зобов'язана робити свавільні поступки. Аналізуючи міжнародні домовленості, Дж. Бентам міркує так. Якщо навіть «запропонована домовленість вбачається справедливою в далекоглядній перспективі» та такою, що відчутно є «в інтересах зацікавлених сторін», завжди може виникнути ситуація, за якою сторони будуть поміщені в інші умови, ніж ті, у яких вони перебували у вихідній ситуації [11, с. 539]. Цей автор у роботі «Вступ до засад моральності та законодавства» писав, що певна дія «може називатися згідною відповідно до принципу корисності (щодо цілого суспільства), коли прагнення збільшити щастя суспільства більше, ніж прагнення зменшити його»; при цьому певні заходи уряду можуть бути названі згідними, коли прагнення уряду «збільшити щастя суспільства буває більше, ніж прагнення зменшити це щастя» [12, с. 114].

**Висновки.** Отже, можна побачити, що вчення про зобов'язання, зокрема втілене в договорах, про відступ від таких зобов'язань або про їх невиконання розвивалися у європейській науково-філософській думці Стародавнього світу, Середньовіччя та Нового часу еволюційним шляхом. Можна спостерігати взаємний зв'язок і кореляцію відповідних наукових підходів і шкіл та певні спільні підходи щодо зазначених питань: віднесення аспектів міжнародних договорів і зобов'язань до сфери природного права, пов'язування наслідків відступу від зобов'язання або його невиконання із формою, за якою зобов'язання було укладене, передбачення можливості відступу від зобов'язань як з метою захисту інтересів суспільства (суспільного блага), так і в умовах зміни обставин і в надзвичайних умовах; розуміння специфіки статусу зобов'язань та їх виконання у стані війни.

#### *Література:*

1. Гроций Г. О праве войны и мира / Г. Гроций ; под общ. ред. С.Б. Крылова ; перевод с лат. А.Л. Саккетти. – Репринт. с изд. 1956 г. – М. : Ладомир, 1994. – 868 с.
2. Цицерон М.Т. О старости, о дружбе, об обязанностях / М.Т. Цицерон ; пер. с лат. и коммент. В.О. Горенштейна. – М. : Наука, 1974. – 248 с.
3. Сенека Л.А. Философские трактаты / Л.А. Сенека ; пер. с лат., вступ. ст. и коммент. Т.Ю. Бородай. – СПб. : Алатейя, 2000. – 398 с.
4. Локк Дж. Два трактата о правлении // Дж. Локк. Сочинения в трех томах. – Т. 3. – М. : Мысль, 1988. – С.135-406
5. Suarez F.S.J. De Legibus, book 1, chap. 13 / F.S.J. Suarez ; transl. by S. Penner [http://www.sydneypenner.ca/su/DL\\_1\\_13.pdf](http://www.sydneypenner.ca/su/DL_1_13.pdf)
6. Suarez F.S.J. Is the natural law truly a preceptive divine law? / F.S.J. Suarez ; transl. by A.J. Freddoso // De Legibus, book 2, chap. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www3.nd.edu/~afreddos/courses/301/suarezdelegii6.htm>.
7. Полдников Д.Ю. Проблема обязательности договоров: взгляд Саламанкской школы XVI века / Д.Ю. Полдников // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2011. – № 2. – С. 39–50.

8. Лекция о гражданской власти [Благочестивейшего отца, брата Франсиско де Витории] ; пер. с лат. А.В. Мареев // Социологическое обозрение. – 2013. – Т. 12. – № 3. – С. 52–75.
9. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского / Т. Гоббс. – М. : Мысль, 1991. – 731 с.
10. Монтескье Ш.Л. О духе законов / Ш.Л. Монтескье ; сост., пер. и комм. А.В. Матешук. – М. : Мысль, 1999. – 672 с.
11. Bentham J. Principles of International Law / J. Bentham // The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. – Vol. 2. – Edinburgh : William Tait, 1843. – P. 535–560.
12. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства / И. Бентам. – М. : РОССПЭН, 1998. – 189 с.

**Борисов Е. Е. Эволюция доктринальных подходов к проблеме отступления от международных правовых обязательств**

**Аннотация.** Статья посвящена исследованию эволюции взглядов на проблему обязательства, выполнение обязательств и отступления от такого исполнения в трудах ученых, философов и юристов Древнего мира, Средневековья и Нового времени. Освещены взаимосвязь и корреляцию соответствующих научных подходов и школ, доказаны общие подходы по указанным вопросам.

**Ключевые слова:** договор, обязательства, отступление от обязательства, международное право, естественное право, суверен.

**Borysov Ye. Evolution doctrinal approaches to retreat from international legal obligations**

**Summary.** The article studies the evolution of views on the problem of the commitments, their obligation or derogation from them in the works of scientists, philosophers and lawyers of the ancient world, medieval and modern times. Author deals with the mutual relationship and correlation of relevant scientific approaches and schools, and proves some common approaches to these issues. The monumental doctrinal essays of Marcus T. Cicero (*De Officiis*), Lucius A. Seneca (*On Benefits*), Francisco S. J. Suarez (*De Legibus*), Hugo Grotius (*«The Rights of War and Peace»*), John Locke (*«Two Treatises of Government»*), Thomas Hobbes (*«Leviathan»*) and Jeremy Bentham (*«Principles of International Law»*) were compared and incorporated at. The origin and nature of common principle of obligatory execution of treaty norms (*pacta sunt servanda*) are shown at.

The article shows international treaties and obligations determined as natural legal acts, the correlation of the consequences of derogation or failure the obligation with the form on which such obligation (commitment) was concluded, predicting the possibility of derogations as to protect the public interest (public good) also as for the changed circumstances and in emergency situations; understanding of the special status of obligations (commitments) and their implementation at war conditions.

**Key words:** treaty, obligation, derogation, international law, natural law, sovereign.

## МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ТА ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО

---

УДК 343

НОВОСАД Ю. О.,

кандидат юридичних наук,  
начальник управління нагляду у кримінальному провадженні  
Прокуратури Волинської області

### ПРОКУРАТУРА: СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА В МІЖНАРОДНОМУ ВИМІРІ

**Анотація.** У статті здійснено аналіз наукових і міжнародних нормативно-правових джерел, що стосуються діяльності прокуратури в механізмі держави, зокрема в контексті її потенційних можливостей у боротьбі зі злочинністю, а також обумовлено необхідність впровадження позитивного зарубіжного досвіду у вітчизняне законодавство та практику.

**Ключові слова:** прокуратура, злочинність, вимір, міжнародний, боротьба, соціальний, право, природа.

**Постановка проблеми.** Черговий етап реформування діяльності прокуратури України, що розпочався з видозміни змісту Закону України «Про прокуратуру» в жовтні 2014 року, як показують її поточні результати, характеризується низкою проблем і завдань, які потребують вирішення з урахуванням міжнародного досвіду з означеної тематики дослідження. При цьому, вивчаючи як доктринальні, так і нормативно-правові джерела міжнародного характеру, слід мати на увазі, що будь-яке необдумане, необґрунтоване та популістське копіювання закордонної проблематики без її зіставлення з вітчизняними правовими, фінансовими, організаційними та іншими можливостями не дасть позитивного результату в Україні, позаяк основу будь-якої реформи (своєрідний «плацдарм», фундамент тощо) завжди має скласти наявна в тій чи іншій державі суспільна практика, зокрема у сфері боротьби зі злочинністю.

Звичайно, цей результат має бути пріоритетним і в разі здійснення реформ, пов'язаних зі зміною соціально-правової природи, місця та ролі

прокуратури в механізмі органів державної влади в Україні, що й стало вирішальним під час вибору об'єкта, предмета, мети й завдань цієї наукової статті. При цьому основним із них є обґрунтування необхідності впровадження лише позитивного (апробованого на практиці) міжнародного досвіду, який дозволить підвищити в кінцевому результаті ефективність діяльності прокуратури по запобіганню злочинам.

**Стан дослідження.** Як показало вивчення наукової та навчально-методичної літератури, питаннями підвищення ефективності діяльності прокуратури у сфері боротьби зі злочинністю досить плідно займаються як науковці з прокурорського нагляду, так і кримінологи. Зокрема, у цьому контексті потужне доктринальне підґрунтя створили такі науковці, як В.С. Бабкова, О.М. Бандурка, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, М.М. Говоруха, В.М. Гусаров, Л.М. Давиденко, О.М. Джужа, В.В. Долежан, Л.С. Жилина, І.М. Козьяков, О.Г. Колб, М.В. Косюта, Т.В. Корнякова, В.В. Кулаков, М.Й. Курочка, М.П. Курило, О.М. Литвинов, О.М. Литвак, М.І. Мичко, М.В. Руденко, Г.П. Середа, М.І. Скригонюк, Є.О. Шевченко та ін.

Поряд із цим в умовах проведення правової реформи в Україні, а також суттєвого підвищення рівня злочинності в останні роки (2014–2016 рр.) [1] питання щодо підвищення рівня ефективності та місця прокуратури в системі суб'єктів боротьби зі злочинністю вивчені недостатньо, а тому потребують активізації наукових розроблень у зазначеній сфері суспільних відносин, що й стало вирішальним під час визначення предмета цього дослідження.

**Виклад основних положень.** Прокуратура в Україні сконцентрована на виконанні загального нагляду. Але є науковці, які не підтримують цю точку зору та вважають за необхідне змінити такий уклад. Так, М. Якимчук загальнонаглядову функцію прокуратури пропонує трансформувати в представницьку функцію захисту інтересів громадянина або держави в суді. І. Марочкін вважає, що функції прокуратури необхідно оптимізувати за допомогою вилучення функції нагляду за дотриманням і застосуванням законів та надання пріоритету функціям, які забезпечують правозахисну спрямованість [2, с. 376–378]. На наш погляд, їхні думки мають міцний фундамент, оскільки людина є тією координатою, на яку спрямована вся європейська система захисту, саме тому її права, інтереси та свободи повинні стати пріоритетними в правовій системі.

Звернемося до Рекомендацій Ради Європи, щоб зрозуміти, який прототип органів прокуратури вони бачать. Так, у Рекомендації Rec(2000)19 Комітету Міністрів державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя зазначено, що прокурори в усіх системах кримінального правосуддя:

- вирішують питання про відкриття або продовження кримінального переслідування;
- підтримують обвинувачення в суді;
- можуть оскаржувати або вносити апеляційні подання на всі або деякі судові рішення.

У певних системах кримінального правосуддя прокуратура також:

- здійснює державну кримінальну політику (по змозі з урахуванням регіональних і місцевих умов);
- веде розслідування, керує ним або здійснює нагляд за ним;
- забезпечує надання ефективної допомоги потерпілим;
- ухвалює рішення щодо заходів, альтернативних кримінальному переслідуванню;
- попереджує злочини;
- здійснює нагляд за виконанням рішень судів [3].

Стає очевидним той факт, що функції прокуратури відмежовуються у сфері кримінальної юстиції та у визначених системах.

Так, для підтвердження положень вищезазначеного акцентуємо увагу на принципах, закріплених у Висновку № 3(2008) Консультативної ради європейських прокурорів «Про роль прокуратури за межами сфери кримінального права», щодо особливих повноважень прокурорів поза межами кримінального судочинства, що є логічним наслідком продовження теми згадуваної Рекомендації:

- компетенція органів прокуратури поза межами системи кримінального судочинства не повинна бути такою, що обмежує права осіб на подання позову або захист своїх інтересів у чесному та неупередженому судовому засіданні, навіть коли прокуратура діє або має намір діяти як одна зі сторін;

- у випадках, коли прокуратура уповноважена приймати рішення, які стосуються прав і обов'язків осіб, повноваження органів прокуратури мають бути жорстко обмежені, визначені законом і не можуть перешкоджати праву сторін формувати засіб правового захисту фактично й за законом у незалежному та неупередженому судовому засіданні. Органи прокуратури повинні діяти повністю незалежно від будь-якої іншої влади, і їхні рішення мають бути обґрунтованими та оголошуватися зацікавленим особам [4].

Проаналізувавши низку нормативно-правових актів, вимог європейських стандартів, порівнявши систему функціонування прокуратури в різних країнах світу, зауважимо, що українська модель майбутньої оновленої прокуратури не повинна бути схожою на жодну із систем, оскільки підпорядкованість і залежність, яка існує в інших, у вітчизняній системі не зможе виправдати потреби часу, хоча б тому, що на її формування впливає ментальність нації, особливості розвитку правої системи в історичному розрізі.

На нашу думку, слід змістити концентрацію уваги з наглядової функції, яку звикли вже асоціювати з органами прокуратури, на захист прав і свобод громадян та на контроль за виконанням вимог закону правоохоронними органами з дотриманням принципів об'єктивності, справедливості, законності та неупередженості.

Таким чином, порівняльно-правовий аналіз організації та діяльності прокуратур країн Європи привернув нашу увагу до кількох чи не найголовніших аспектів окресленої теми. По-перше, моделі прокуратур країн

Європи дають лише загальне уявлення про функції цих правоохоронних органів. Передусім кожній національній прокуратурі властиві свої специфічні функції та повноваження, що пояснюється як загальною логікою моделі, так і особливостями, традиціями національної правової культури, іншими об'єктивними та суб'єктивними чинниками. Від традицій певної правової системи безпосередньо залежить не тільки обсяг функцій, але й критерії їх класифікації. По-друге, прокурор у розвинутих демократичних країнах виступає у двох іпостасях – як панівний суб'єкт кримінального судочинства (проводить, керує, стежить за розслідуванням) та як учасник цивільного судочинства. Тут ми розглядаємо функції, які на Заході найбільш чітко асоціюються з інститутом прокуратури.

Якщо відійти від особливостей конкретних національних правових систем, то численні функції, властиві прокуратурам різних країн світу можна розділити на такі основні блоки:

- 1) функція кримінального переслідування та пов'язані з нею функції;
- 2) нагляд за діяльністю правоохоронних і пенітенціарних органів; за-  
побігання злочинам, усунення причин та умов;
- 3) участь у цивільному судочинстві.

Справді, саме об'єднання у межах однієї інституції названих повноважень, передусім у сфері розслідування злочинів і підтримання державного обвинувачення в кримінальному процесі, і зумовлює таку очевидну відмінність прокуратури від інших органів державної влади в західних демократіях. Унікальність прокуратури виявляється ще й у тому, що донедавна в багатьох державах вона виконувала функції представника держави не тільки у кримінальних справах, а й у цивільному судочинстві. На сьогодні в більшості держав Європи прокурори вправі порушувати слухання у цивільних справах лише в тому разі, коли зацікавлена сторона не може самотійно захистити свої права, або ж (як в Україні) захищаються інтереси держави загалом.

Функції прокуратури ґрунтуються в цій сфері на основному конституційному праві – праві на доступ до суду. Здійснення кримінального переслідування – це фактично єдина універсальна функція прокуратур багатьох держав, але повноваження прокурорів щодо кримінального переслідування в різних країнах не однакові. Так, у Німеччині, на думку вчених, прокуратура є «господинею» кримінального переслідування; не менше повноважень в кримінальному судочинстві має прокуратура Франції, а у США аторнеї (прокурори) взагалі «заправляють балом» у кримінальному процесі. Характерно, що європейським співтовариством було заплановано створити прокуратуру ЄС, при цьому передбачалося, що у своїй діяльності прокурор ЄС має керуватися принципом монополії прокуратури на порушення кримінальної справи в усіх випадках вчинення злочинів. Це свідчить про подальше усталення функції прокурора у кримінальному переслідуванні. Крім того, роль прокуратури як державної інституції формується в межах двох моделей кримінального процесу (обвинувального та

інквізиторського), де переважають інтереси особи та інтереси суспільства. Хоча процес розвитку інституту прокуратури в країнах західної демократії супроводжувався й нині супроводжується різноманітними як позитивними, так і негативними явищами, він має бути прикладом для нашої країни як такий, що сягнув максимального розвитку (зрілості) прокурорських систем, які нині концентрують свої зусилля здебільшого на проблемі захисту прав людини.

Об'єктивно вони уже виконали значну частину завдань системного характеру, розробили стратегію концепції свого розвитку та цілий спектр реформаторських заходів, який забезпечує нині подолання юридичних розбіжностей двох різних за змістом систем, що сприяє їхньому зближенню, адаптації та ефективному функціонуванню в межах єдиного правового простору. Європейські принципи та стандарти не з'явилися на «голому місці», а виникли на терені правової інтеграції в процесі реалізації ідеї «європейської єдності» та не є застиглими інтеграційними моделями, які мають бути догмою для національних правових систем, що наближаються до них. Основні стандарти та принципи прокурорської діяльності сформульовані в нормативно-правових актах Організації Об'єднаних Націй та Ради Європи, значна частина яких рекомендаційні та за своєю природою не є обов'язковими, але повинні застосовуватись державами – членами цих міжнародних організацій.

Якщо ж розглянути питання основних зарубіжних принципів і стандартів, то вони здебільшого нічим не відрізняються від наших вітчизняних. У законодавстві практично всіх європейських та інших держав закріплені та діють принципи незалежності, об'єктивності та неупередженості. Прокуратура незалежна (або прагне бути такою) від будь-якої зовнішньої влади, у тому числі і політичної. Майже всюди законодавство про прокуратуру розвивається в напрямі, який забезпечує невтручання законодавчої та судової влади в змістовну (процесуальну) діяльність прокуратури.

Прокурор зобов'язаний спиратись на рекомендації консультативної ради. І насамкінець, з метою запобігання будь-якому свавіллю в процесі прийняття прокурорських рішень парламентом та урядом визначаються основні напрями, принципи та критерії діяльності прокуратури в питаннях кримінальної політики, а громадськість має повну інформацію про організацію діяльності цієї державної правоохоронної структури. А тому можна стверджувати, що роль прокуратури в країнах західної демократії полягає в забезпеченні неупередженої і рівноправної системи кримінально-правового правосуддя, участі у запобіганні злочинам та ефективного захисту громадян від злочинності. З огляду на вищезазначене не менш важливим завданням для України є не тільки засвоєння основних європейських принципів та стандартів, але й розроблення специфічних заходів та засобів, необхідних саме для реформування прокуратури України на відповідних етапах інтеграції до Європи.

**Висновки.** Отже, вся подальша діяльність органів прокуратури України в XXI столітті має ґрунтуватися на загальнолюдських цінностях: за-

хисті прав людини і громадянина, рівності усіх перед законом і справедливості громадянського суспільства, демократії, плюралізмі поглядів і верховенстві права в усіх сферах суспільного життя. Європейський шлях демократії, законності, поваги і захист людини – єдино правильний шлях, і звертати з нього не можна.

### *Література:*

1. Кулик О.Г. Сучасна кримінальна ситуація в Україні: тенденції і прогноз / О.Г. Кулик [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua>.
2. Марочкін І.Є. Прокуратура України: проблеми становлення й розвитку / І.Є. Марочкін // Проблеми законності. – 2009. – Вип. 100. – С. 376–385.
3. Рекомендація Rec(2000)19 Комітету Міністрів державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя (6 жовтня 2000 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://wcd.coe.int/ViewDocse=DC>.
4. Висновок № 3(2008) Консультативної ради європейських прокурорів про «Роль прокуратури за межами сфери кримінального права» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.google.com/url.esrc>.

### **Новосад Ю. А. Прокуратура: социально-правовая природа в международном измерении**

**Аннотация.** В статье осуществлен анализ научных и международных нормативно-правовых источников, касающихся деятельности прокуратуры в механизме государства, в частности в контексте ее потенциальных возможностей в борьбе с преступностью, а также обусловлена необходимость внедрения положительного зарубежного опыта в отечественное законодательство и практику.

**Ключевые слова:** прокуратура, преступность, измерение, международный, борьба, социальный, право, сущность.

### **Novosad Yu. The Prosecutor's office: social and legal nature of the international dimension**

**Summary.** The article analyzes the scientific and international regulatory and legal sources concerning the prosecution of the mechanism of the state, particularly in the context of its potential in the fight against crime and the need to implement due to positive foreign experience in domestic legislation and practice.

After analyzing a number of legal acts, requirements of the European standards, comparing the functioning of prosecutors in different countries, the author stresses, that the Ukrainian model of the future renewed of the Prosecutor's office should not be like any one of systems, because the subordination and dependence that exists in others, in the domestic system is not able to meet the needs of the time, though, because its formation is affected by the mentality of the nation, especially the development of the right system in historical context.

However, no less important task for Ukraine is not only the understanding of basic European principles and standards, but also the development of specific measures and resources necessary for reforming the Prosecutor's office at the appropriate stages of European integration.

**Key words:** prosecutor's office, criminality, measurement, international, struggle, social, right, nature.

УДК 343

**ПРОЦУН С. С.,**

асистент кафедри міжнародного права  
та міжнародних відносин  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## КАТЕГОРІЇ НЕТРАДИЦІЙНИХ УЧАСНИКІВ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

**Анотація.** У даній статі розглядаються питання підстав класифікації, а також виділення категорій нетрадиційних учасників збройних конфліктів. Наводиться коротка характеристика кожної з категорій учасників.

**Ключові слова:** комбатант, незаконний комбатант, привілейований учасник збройного конфлікту, непривілейований учасник збройного конфлікту.

**Постановка проблеми.** Встановлення правового статусу, захисту та відповідальності осіб, що незаконно беруть участь в збройних конфліктах можливе за двох умов. По-перше, необхідно визначити які саме види воюючих вважаються незаконними. По-друге, необхідно розподілити їх на категорії, кожна з яких мала б свій правовий статус. Перша умова, в цілому, не становить проблеми, адже основні типи нетрадиційних учасників збройних конфліктів (шпигуни, диверсанти, члени рухів опору, члени терористичних організацій, найманці, діти-солдати) відомі та вивчені МГП. Значно серйознішу проблему становить розподіл їх на групи з різним правовим статусом, особливо встановлення підґрунтя для такого розподілу.

**Мета дослідження** є встановлення чіткої класифікації нетрадиційних учасників збройних конфліктів, що сприятиме розв'язанню термінологічної проблеми щодо нетрадиційних учасників збройних конфліктів та встановлення співвідношення між такими запропонованими термінами, як «незаконний комбатант», «непривілейований воюючий» тощо.

**Викладення основного матеріалу.** По-суті, найбільш очевидною підставою для класифікації нетрадиційних учасників збройних конфліктів є участь безпосередньо в бойових діях зі зброєю в руках. Тут можна застосувати традиційний поділ на комбатантів та некомбатантів та виділити такі категорії як «незаконний комбатант» та «незаконний некомбатант», які відрізняються від цивільного населення. Однак, така класифікація не придатна для цілей визначення правового статусу, оскільки застосовується виключно за аналогією із уже існуючими правовими статусами та ніяк не вирішує проблему нових статусів.

Ще одну класифікацію пропонує Р. Варк. Він поділяє нетрадиційних учасників збройних конфліктів на тих, що діють безпосередньо на полі бою (відкрито) та тих, що діють в тилу ворога, приховуючи свій статус та маскуючись під цивільних осіб [1, с. 193].

Більш релевантну для цілей визначення статусу класифікацію пропонують У.Т. Малісон та С.В. Малісон, які застосовують поділ нетрадиційних учасників збройних конфліктів на непривілейованих комбатантів та незаконних комбатантів [Див.: 2, с. 5-33]. Підставою для класифікації є наявність або відсутність заборони в МГП на здійснення певного способу ведення війни та можливість для певної особи розраховувати на статус військовополоненого в разі захоплення в полон. Доповнюючи зазначену класифікацію, ми пропонуємо розділяти нетрадиційних учасників збройних конфліктів на три групи: привілейовані нетрадиційні учасники збройних конфліктів, непривілейовані нетрадиційні учасники збройних конфліктів та цивільні особи, що беруть участь у збройних конфліктах. Підставою класифікації тут виступає статус даних осіб в разі потрапляння до рук супротивника.

До привілейованих нетрадиційних учасників збройних конфліктів слід віднести шпигунів, диверсантів, членів нерегулярних збройних формувань та членів збройних сил невизнаних урядів.

Шпигуном згідно зі статтею 29 Гаазької конвенції 1907 р., може бути визнана особа, яка, діючи таємним способом, або під вигаданим приводом, збирає, або намагається зібрати відомості про район дій одного з воюючих з наміром сповістити про це іншу сторону. Шпигун, спійманий на місці не може бути покараний без попереднього суду. Шпигун, що повернувся до своєї армії та в подальшому полонений противником, визнається військовополоненим та не підлягає ніякій відповідальності за попередні свої дії як шпигуна.

Водночас, необхідно мати на увазі, що шпигун, на відміну від розвідника, намагається приховати свій статус комбатанта, в той час як останній під час збору військово-значущої інформації носить формений одяг збройних сил, до яких він належить. Шпигун не здійснює безпосереднього збройного нападу на супротивника, а отже, навіть при маскуванні під цивільну особу, не ставить життя цивільних під загрозу. З точки зору принципу розрізнення, незаконним може бути лише використання шпигуном маскуванню в такий спосіб, що ставить під загрозу життя та здоров'я цивільних осіб, а також незаконне використання емблеми Червоного Хреста. В цьому випадку дії шпигуна слід розглядати як віроломні, що, однак, не позбавляє шпигуна статусу військовополоненого, якщо він був захоплений не під час зайняття шпигунством. Шпигун позбавляється права претендувати на статус військовополоненого лише на період виконання ним завдання.

Окрім шпигунів, потребує врегулювання і правовий статус диверсантів. Диверсантами є особи, які знищують чи пошкоджують матеріальні об'єкти та споруди супротивника в інтересах власних збройних сил.

В залежності від цілей та методів нанесення шкоди, їх дії можна вважати як такими, що відповідають МГП, так і такими, що МГП не відповідають. Так, напади на цивільні об'єкти, безумовно, слід визнавати незаконними.

Наявні міжнародні договори в галузі МГП не містять розрізнення диверсантів, що приховують свій статус та таких, що його не приховують, подібного до різниці між шпигуном та розвідником. Доцільним було б запровадити таке розрізнення, а саме, встановити окремий правовий статус для диверсантів, що відкрито носять форму та зброю, та таких, що удають з себе цивільних осіб. Перша група має бути віднесена до законних комбатантів та мати право на статус військовополонених. В другому випадку їх правовий статус має бути подібним до правового статусу шпигунів. Серед іншого, це включає право на мінімальний стандарт поведінки та право на збереження за ними прав людини, в тому числі, права на справедливий судовий розгляд за статтею 4 Конвенції IV та статтею 75 Додаткового протоколу I [3].

Комплексним є питання про правовий статус членів нерегулярних збройних формувань. З одного боку, право Женеви визнає деяких з них законними комбатантами (партизани), з іншого боку, до таких осіб висуваються настільки жорсткі вимоги (дії під організованим відповідальним командуванням, постійне відкрите носіння зброї та знаків розрізнення, дотримання всіх законів та звичаїв війни), що в переважній більшості випадків нерегулярні збройні групи таким вимогам не відповідають. Історично члени нерегулярних збройних формувань розглядалися більшістю держав не як комбатанти, а як бандити, насамперед через нетрадиційний спосіб військових дій, який наносив значні втрати супротивнику в тилу. Тому противна сторона бажала розправитись з ними як з бандитами [4, с. 133].

Вперше питання про статус нерегулярних збройних сил було розглянуте при розробці Брюсельської декларації 1874 року. Згодом ці положення знайшли відображення в Гаазьких конвенціях 1907 р. Статтями 1–3 Гаазької конвенції 1907 р. та ст. 9–11 Брюсельської декларації зазначалось, що комбатантами визнаються особи з числа населення не окупованої території, які при наближенні ворога добровільно беруться за зброю для боротьби з військами противника, що наступає, не встигнувши сформуватись в регулярні війська, за умови, якщо вони відкрито носять зброю, та дотримуються законів та звичаїв війни.

Інакше кажучи, після встановлення режиму окупації населення не мало право продовжувати збройний опір, партизанська війна визнавалась незаконною, а її учасники не визнавались комбатантами [5, с. 138]. Ця ж норма збереглась і в Конвенції III. Х.-П. Гассер з цього приводу зазначає, що «право війни забороняє особам, що проживають на окупованій території, та не входить до складу збройних сил чинити збройний опір окупаючій державі» [6, с. 74]. Чи може це свідчити про заборону Гаазькою та Женевською конвенціями партизанської війни? Відповідь на це питання можна дати, проаналізувавши саме поняття партизан. Насамперед слід зазначити,

що конвенції не містять такого терміну вони в основному оперують такими поняттями як ополчення, населення, що стихійно береться за зброю при наближенні противника, іррегулярні війська, рух опору.

Партизанська війна – це одна з правомірних форм збройної боротьби, яка ведеться на території, яка, як правило, контролюється ворогом, і способами, які відрізняються від воєнних дій регулярних військ [7, с. 271]. Така війна характеризується невеликими масштабами, нетрадиційними діями, які характеризуються таємністю та неперіодичністю [8, с. 177]. В доповіді Генерального секретаря ООН партизанська війна визначається як «боротьба, яку ведуть розрізнені мобільні групи, зазвичай озброєні легкою зброєю, організуючі непередбачувані атаки і, як правило, уникаючи серйозних зіткнень з противником [9, с. 63]. Хайд Ч.Ч. визначав «партизанів» як «озброєних солдатів, що носять форму своєї армії, але знаходяться у складі частин, що діють окремо від головних сил для того, щоб робити набіги на територію, зайняту ворогом». У випадку їх захоплення ворогом вони повинні користуватися всіма правами військовополонених [10, с. 181].

В.В. Альошин ототожнює поняття рух опору, загони добровольців та ополчення, об'єднуючи їх в категорію іррегулярних збройних сил та називає їх партизанами [11, с. 118]. Х.П. Гассер зазначає, що при військовій окупації, або під час національно-визвольної війни комбатантам дозволено йти в підпілля, ховатись серед мирного населення, і тоді вони називаються партизанами [6, с. 76]. Під партизанами розуміються особи, організовані у загони, що не входять до складу регулярних збройних сил, воюючих переважно в тилу противника (тобто на окупованій території) в процесі справедливої війни проти загарбників, що спираються на співчуття та підтримку народу.

Оскільки нині війна перестала бути законним та допустимим засобом вирішення спорів між державами, партизанська війна може вважатись дозволеною лише для сторони, що веде справедливу оборонну війну [12, с. 303].

При цьому така категорія комбатантів як населення, що стихійно береться за зброю при наближенні противника, залишається самостійною. Конвенції в цьому випадку не забороняють особам приєднуватись до іррегулярних збройних сил. Таким чином, має місце перехід осіб з категорії комбатантів з числа осіб, що стихійно беруться за зброю при наближенні противника у категорію партизан (рух опору, ополчення, загони добровольців), вимоги до яких дещо ширші за вимоги до цивільного населення, яке стихійно береться за зброю під час наближення противника. Для цього є визначені правові засади – наприклад п. А. 2 ст. 4 Конвенції III вказує на категорію осіб зі складу ополчення та загонів добровольців та рухів опору, що можуть діяти навіть на окупованій території, за умови виконання умов про командування такими загонами відповідальною особою; відкрите носіння зброї, використання визначеного та здалеку видимого розпізнаваль-

ного знаку, дотримання законів та звичаїв війни. Таким чином ніщо не заважає особі будучи комбатантом з числа населення, що стихійно взялося за зброю стати комбатантом з числа руху опору на окупованій території.

Необхідність виокремлення понять регулярних і нерегулярних (іррегулярних) збройних сил з поняття збройних сил сторони, що знаходиться в конфлікті, в контексті Додаткового протоколу I, пояснюється тим, що умови визнання за особою статусу комбатанта, зазначені в даному Протоколі, стосуються саме іррегулярних збройних сил, і надання їй цього статусу прямо залежить від виконання особою певних умов. Так, з дискусії на Дипломатичній конференції витікає, що ситуації, в яких особа через характер військових дій не має можливості ефективно відрізнитись від цивільного населення, виникають лише в період військової окупації, або національно-визвольних війн. В таких ситуаціях комбатантам дозволено йти в підпілля, ховатись серед мирного населення, і тоді вони називаються партизанами [6, с. 76].

Сам же поділ збройних сил на регулярні та іррегулярні в Додатковому протоколі I відсутній. Замість такого поділу застосовується єдине широке поняття збройних сил, як «всіх організованих збройних сил, груп та підрозділів, що знаходяться під командуванням особи, відповідальної перед стороною конфлікту за дії своїх підлеглих, навіть, якщо ця сторона представлена владою, не визнаною противною стороною. Такі збройні сили підкоряються внутрішній дисциплінарній системі, котра, серед іншого, забезпечує дотримання норм МГП, що застосовуються в період збройних конфліктів» [13, ст. 43 (1)].

До непривілейованих нетрадиційних учасників збройних конфліктів слід віднести найманців та членів міжнародних терористичних угруповань. Особливістю положення непривілейованих осіб є те, що вони ні за яких обставин не можуть розраховувати на статус військовополонених та захист МГП в силу самої сутності своєї участі в збройному конфлікті, який, за визначенням, є протиправним. Такі особи можуть розглядатися державою, що їх захопила, як кримінальні злочинці та підпадають під її кримінальну юрисдикцію. Єдиним захистом таких осіб може бути мінімальний стандарт поведінки, який ґрунтується на міжнародно-визнаних правах людини.

Інститут військового найманства відомий світовому співтовариству з давніх часів [14, с. 13], але визнання його протиправним відбулось лише в другій половині XX століття. Л.В. Павлова, характеризуючи міжнародну протиправність найманства зазначає: «виходячи з практики діяльності найманців, направлених на усунення урядів, нанесення шкоди державній та приватній власності, насильницьких дій проти цивільного населення, більшість країн пропонують розглядати найманство як «злочин проти миру та безпеки» [15, с. 229]. Р.А. Адельханян відзначає, що «необхідно одностайно визнати, що найманство в новітній історії стало звичайним інструментом ведення збройних конфліктів» [16, с. 83].

Першим джерелом, що забороняє найманство стала резолюція Організації Африканської Єдності «Про найманців», що була прийнята Асамблеєю голів держав та урядів в Кіншасі 11 – 14 вересня 1967 року. Наступним документом, що забороняє найманство стала Резолюція VII надзвичайної сесії Ради міністрів ОАЄ в Лагосі 1971 році. В прийнятих документах зокрема констатується, що присутність найманців складає серйозну загрозу безпеці африканських держав, їх територіальній цілісності та мирному розвитку [17, с. 115].

Серед документів, прийнятих в рамках ООН з цього питання, перш за все, необхідно виділити Декларацію про принципи міжнародного права від 24 жовтня 1970 р., в якій сказано, що кожна держава зобов'язана утримуватись від організації або заохочування організації іррегулярних сил, в тому числі банд найманців, від вторгнення на територію іншої держави [18]. Вперше на необхідність кримінальної караності найманства було заявлено в резолюції Генеральної Асамблеї ООН 31/34 від 30 листопада 1976 р., що стосувалася реалізації народами права на самовизначення. Серед іншого, Резолюцією була засуджена практика застосування найманців проти національно-визвольних рухів [19].

Наступним кроком було закріплення в Додатковому протоколі I поняття найманця, та визначені його ознак:

1) відсутність юридичного зв'язку з державою, на стороні якої веде бойові дії;

2) найманець не є ні громадянином сторони, що перебуває в конфлікті, ні особою, що постійно проживає на території, контрольованій стороною, що перебуває в конфлікті;

3) найманець не входить до особового складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті;

4) найманець не направлений державою, яка не є стороною, перебуває в конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, що входить до складу її збройних сил.

5) найманець спеціально завербований на місці або за кордоном для того, щоб брати участь у збройному конфлікті;

6) мотивацією найманця є матеріальна винагорода, що суттєво перевищує відповідну винагороду для вояків регулярних збройних сил держави.

Такі критерії як особиста вигода у вигляді певних матеріальних надходжень та факт включення у склад збройних сил дозволяє відокремити найманця від добровольця, який може включатись в збройну боротьбу на основі патріотичних, релігійних, або політичних переконань.

Конвенцією про заборону вербування, використання, фінансування та навчання найманців 1989 року [20] було розширене юридичне розуміння найманця. По-перше допускалось вербування найманців не тільки за кордоном, але й на місці, по-друге найманцем визнавалась особа, що приймає участь у збройному конфлікті як такому, він також може бути вико-

ристаний в діях, направлених на підрих конституційного порядку, порушення територіальної цілісності держав. Констатувалась відповідальність з одного боку найманців, а з іншого – осіб, що здійснюють вербування, фінансування, підготовку та навчання найманців.

За допомогою найманців нерідко здійснюється терористична діяльність, але частіше за все їх професійні знання та вміння використовуються для навчання терористів [21, с. 93]. Характеризуючи зв'язок з тероризмом В.І. Зубкова зазначає, що терористичні дії по своїй правовій природі зостануться терористичним актом, але разом з тим вони набувають і характер найманства, враховуючи те, хто їх скоює [22, с. 105]. Е. Берналес зазначає – ніщо не втримує найманця від взяття участі в терористичному акті з метою нагнітання атмосфери страху. При розслідуванні будь-якого терористичного нападу не можна виключати можливість причетності до нього найманців [23, с. 22].

Зв'язок та певні подібні риси між найманством та тероризмом дозволяють використати наявні правові положення щодо статусу найманців для створення норм МГП, що визначили б правовий статус членів терористичних угруповань, які ведуть регулярні бойові дії такої інтенсивності, що їх можна вважати збройним конфліктом у сенсі права Женеви.

З точки зору сучасного МГП, такої категорії учасників збройних конфліктів як терористи, не існує. МГП відомі бійці регулярних збройних формувань, які належать державі, або внутрішньодержавній повстанській групі, що контролює певну територію. Такі категорії учасників збройних конфліктів можуть застосовувати терористичні методи ведення бойових дій, які розглядатимуться як військові злочини. Однак, навіть їх скоєння не позбавить таких осіб статусу комбатантів. Водночас, ситуація в якій держава веде боротьбу з міжнародним терористичним угрупованням, яка може сягати масштабів збройного конфлікту в сенсі права Женеви (але цей конфлікт, по-суті, не має чіткої територіальної прив'язки), МГП не відома. Водночас, практика США щодо визнання терористів незаконними комбатантами, змушує розглядати таку можливість, а отже МГП має визначитись щодо того, чи можливе його застосування у війні з тероризмом та чи можуть члени терористичних груп розглядатися як комбатанти, хоча б і незаконні.

Міжнародно-правові аргументи, висунуті США щодо статусу терористів як комбатантів можна підсумувати наступним чином. Повідомляючи про свою політику у відношенні Аль-Каїди, адміністрація Буша вирішила, що члени Аль-Каїди не були наділені правом на захист законом війни, тому що Аль-Каїда – терористична організація [24]. Рішення, які були прийняті Білим Домом [25], не були одностайно підтримані в межах Уряду. Державний департамент, приміром, стверджував, що Женевські конвенції застосовувалися як за законом, так і з погляду політики. Незважаючи на заперечення Державного департаменту, така інтерпретація переважала. Адміністрація Буша приводила кілька аргументів у підтримку свого висновку, що Конвенції не застосовуються до затриманих [26].

Однак, члени Аль-Каїди перебувають в різних ситуаціях. Вони були захоплені в ході міжнародного збройного зіткнення, і спори стосуються того, що деякі з них, можливо, одержали законний статус через боротьбу на стороні уряду Афганістану, сформованого талібами.

Залежно від інтегрованості в ряди Талібану можливі різні варіанти застосування до членів Аль-Каїди норм МГП. Були докази, що деякі підрозділи Аль-Каїди брали участь у воєнних діях як невід'ємна частина військового апарату Талібану [27, с. 292]. А це дає підстави вважати, що деякі члени Аль-Каїди могли одержати статус комбатанта як члени ополчення або добровольчого корпусу, що є частиною регулярних збройних сил, згідно зі ст. 4А (1) Конвенції III.

Інші члени Аль-Каїди боролися з американськими військами незалежно від Талібану. Ця ситуація піднімає питання, чи можуть вони кваліфікуватися як нерегулярні збройні сили згідно статті 4А (2) Конвенції III. Відповідь на це питання повинна бути негативною. Нерегулярні війська, щоб бути воюючими сторонами, повинні виконати 4 критерії для одержання статусу законної воюючої сторони. Це умови, які повинні бути виконані групою, інакше ціла група втрачає свою законність, і кожного з її учасників вважають незаконною воюючою стороною, незалежно від її особистої відповідності критеріям. Така ситуація фактично має місце стосовно Аль-Каїди, яка не відповідає жодному із критеріїв, викладених в статті 4А (2) Конвенції III. Розповсюджена тактика дій членів Аль-Каїди – злиття із цивільним населенням і ховання зброї, для отримання військової переваги.

Таким чином, члени угруповання Аль-Каїда, захоплені в Афганістані, не були особами зі складу збройних сил ні однієї з воюючих сторін. Вони могли б бути віднесені до другої категорії, описаної в ст. 4 А, оскільки вони були «добровольчими загонами», але, будучи такими, вони, на відміну від членів руху «Талібан», щоб вважатися військовополоненими, повинні були б відповідати умовам, встановленим у ст. 4 А (2) Конвенції III.

Але, як би не вирішувалося питання категоризації членів Аль-Каїди, визначення їх особистого статусу не виносилося ніяким «компетентним трибуналом» згідно зі ст. 5 Конвенції III, у випадку, якщо «виникає сумнів» щодо того, чи відповідають комбатанти супротивника критеріям статусу військовополоненого, то утримуюча в полоні держава повинна надати затриманим захист Конвенції доти, доки їх положення не буде визначено компетентним судом.

Крім того, ст. 5 Конвенції III вимагає не тільки того, щоб статус комбатанта, що потрапив у руки супротивника, був встановлений компетентним судом, але й того, щоб окрема постанова була винесена в кожному конкретному випадку. Тому загальне рішення відносно статусу групи затриманих або цілої категорії комбатантів супротивника не відповідає вимозі ст. 5 Конвенції III, зокрема, у тих випадках, коли таке рішення виносить виконавча влада.

Отже, члени Аль-Каїди, захоплені в ході воєнних дій, коли вони боролися, беручи участь в конфлікті на стороні збройних сил Талібану, повинні

були б вважатися військовополоненими доти, доки їх статус не був би встановлений компетентним судом. Але, навіть якби була винесена постанова про те, що конкретна особа не має права на статус військовополоненого, то така особа однаково б користувалася деяким захистом, передбаченим системою Женевського права.

Перейдемо до третьої категорії осіб, правовий статус яких потребує уточнення – осіб, які, навіть у випадку участі в збройному конфлікті, мають розглядатися виключно як цивільні. До таких слід віднести осіб, що слідує за збройними силами та дітей-солдатів.

Міжнародна практика знає багато випадків направлення якою-небудь державою своїх військовослужбовців та інструкторів в інші держави, головним чином до держав, що розвиваються в цілях надання кваліфікованих порад в військовій галузі політичним та військовим керівникам цих держав а також в цілях навчання особового складу збройних сил правилам поведінки з наданою технікою та озброєнням [28, с. 27].

Військові радники та інструктори – це цивільні особи або військовослужбовці, що знаходяться при політичному керівництві або військовому командуванні воюючої держави з метою надання політичних рад керівництву або навчання особового складу збройних сил іноземної держави поведінки з поставленою технікою, зброєю.

Військові радники, залишаючись військовослужбовцями власних держав, не входять до складу збройних сил держави, куди вони прибувають для виконання покладених функцій. Від найманців в такому випадку вони відрізняються тим, що не приймають безпосередньої участі в військових діях. Що ж стосується отримання винагороди, то, оскільки такі особи знаходяться на дійсній військовій службі своєї держави, то, відповідно, знаходяться і на матеріальному забезпеченні, тому отримання винагороди не є їх основною ціллю перебування в державі призначення. Крім того пунктом 2f) ст. 47 Додаткового протоколу I прямо сказано, що найманцем не є особа, яка послана державою, котра не є стороною конфлікту для виконання офіційних обов'язків в якості особи, що входить до складу її збройних сил. Їх правове становище визначається, як правило, у двосторонніх міжнародних договорах між зацікавленими державами. Військові радники та інструктори не входять до складу збройних сил воюючих держав.

Документи МГП не містять положень, що стосуються законності діяльності журналістів під час війни. Журналіст, що знаходиться у небезпечному відрядженні в зоні бойових дій, є цивільною особою, він користується всіма правами, наданими цивільним особам, як таким [29, с. 33]. Ст. 79 Додаткового протоколу I роз'яснює цю ситуацію і підтверджує, таким чином, це право. Отже, журналіст, який займається своєю професійною діяльністю під час конфлікту, сторони якого не підписали Протокол I, завжди буде користуватися захистом, що надається цивільним особам на підставі права, що діяло до 1977 р., за умови, що він не вчинить ніяких дій, які могли б поставити під сумнів його статус цивільної особи, журналіст

користується захистом згідно з Женевськими конвенціями і Протоколом на тих же підставах, що і всі інші цивільні особи.

Слід зауважити, що військовий кореспондент, акредитований військовою владою за змістом Конвенції III, користується тим же захистом, що і неакредитований журналіст: за ним зберігається статус цивільної особи, незважаючи на особливі права, отримані від військової влади. Так само до журналіста потрібно проявляти повагу незалежно від того, чи є у нього посвідчення особи журналіста, що знаходиться в небезпечній відрядженні.

Однак журналіст може втратити не право на захист, яке він має відповідно до свого статусу цивільної особи, а фактично наданий йому захист, якщо він слідує за військовим формуванням, знаходячись від нього на дуже близькій відстані. Він не зможе більше користуватися захистом, на який має право, якщо таке формування стане законним об'єктом нападу з боку супротивника. За таких обставин він діє на свій страх і ризик. Те ж саме можна сказати і про журналіста, який наближається до військових об'єктів. У цьому випадку він відмовляється від фактичного захисту, на який має право [6, с. 15].

Крім того, існує різниця між акредитованим військовим кореспондентом, який стає військовополоненим, і «вільним» журналістом. Якщо останній затриманий на території своєї власної країни, тобто в даному випадку на території, окупованій противником, він повинен утримуватися на окупованій території і не може бути переміщений на національну територію окупаючої держави. Журналіст, захоплений на території сторони противника, може бути притягнутий до судової відповідальності, якщо він скоїв будь-яке порушення, якщо держава, під владою якої він перебуває, вважатиме це необхідним для забезпечення своєї безпеки. В іншому разі він повинен бути звільнений. Можна стверджувати, що основні гарантії ст. 75 Додаткового протоколу I застосовуються у випадку затримання журналіста у зв'язку з збройними конфліктами, якщо норми внутрішнього права менш сприятливі по відношенню до затриманого.

Існує ще одна категорія осіб, які, за будь-яких обставин, мають розглядатися як цивільні, навіть якщо вони брали участь в бойових діях зі зброєю в руках та вбивали комбатантів супротивника. Мова йде про дітей-солдатів. Деякі з них залучаються до збройних загонів примусово, інші приєднуються добровільно, хоча добровільність в цьому випадку є доволі умовною та викликається економічним, політичним, або культурним тиском, прикладом чого може бути Ірано-Іракська війна [30, с. 296]. Використання дітей у війнах зумовлює потребу у визначенні їхнього правового статусу з точки зору МГП.

З урахуванням різниці у віці повноліття в державах світу, МГП було встановлено загальну заборону вербування до збройних сил осіб, які не досягли віку п'ятнадцяти років. Автори Додаткових протоколів вважали, що вік у 15 років є розумним обмеженням, що враховує національні законодавства та традиції.

Водночас, питання щодо дітей-солдатів залишається погано врегульованим МГП. І якщо правовий статус осіб у віці 15-18 років хоча б окреслений, то щодо осіб, які не досягли 15 років (власне діти-солдати), Додаткові протоколи встановлюють лише певні побажання щодо дотримання їхніх прав, однак навіть не вказують, чи можна в усіх випадках вважати їх комбатантами.

Діти-солдати є абсолютно незаконними учасниками збройних конфліктів, однак в іншому сенсі, ніж найманці. Найманцем є доросла особа, яка усвідомлює значення своїх дій, діє вільно та без примусу, а отже сама скоює злочин. Дитина, якій дають до рук зброю, часто не усвідомлює повністю значення своїх дій та часто діє під зовнішнім примусом. Відповідно, така дитина не може нести відповідальність за незаконну участь в збройному конфлікті, і таку відповідальність нестимуть дорослі особи, що привели дитину у конфлікт.

Хоча Додаткові протоколи визнають можливість надання особам віком до 15 років статусу військовополонених, така ситуація розглядається як вкрай небажана та така, що допускається лише у випадках, коли іншого способу захистити інтереси дитини не існує. Жорсткого обов'язку надавати статус військовополонених дітям не існує, і це питання лишається на розсуд держави. Уявляється, що жорстке зобов'язання все ж має бути встановлене, але таке, що забороняє визнавати дітей-солдатів комбатантами та зобов'язує сторони конфлікту надати їм догляд та піклування, відповідне до їхнього віку, як цивільним особам.

#### *Література:*

1. Vark R. The Status and Protection of Unlawful Combatants / R. Vark // *Juridica International.* – 2005. – Vol. X. – P. 191-198.
2. Mallison T. W. The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts / T. W. Mallison, S. V. Mallison // *Law and Contemporary Problems.* – 1978. – No 42. – P. 5-33.
3. Bilkova V. Members of private military and security companies and/as unlawful combatants / V. Bilkova // *Academy of European law.* – 2009. – P. 1-15.
4. Попович В. П. Воєнні злочини як різновид серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права та кримінальна відповідальність за них / В. П. Попович // *Кримінальне право.* – 2009. – № 2. – С. 130-134.
5. Котенев В. А. Ответственность за военные преступления в годы Первой мировой войны / В. А. Котенев // *Вопросы истории.* – 2007. – №2. – С. 138-142.
6. Гассер Х. П. Международное гуманитарное право / Х. П. Гассер. – М.: МККК. – 1995. – 155 с.
7. Арцибасов И. Н. Курс международного права. В 7 т. Т. 6. Отрасли международного права / И. Н. Арцибасов, И. И. Лукашук, Б. М. Ашавский и др. – М.: Наука. – 1992. – 312 с.
8. Draper G. The Status of Combatants and the Questions of Guerilla Warfare // *British Yearbook of International Law.* – Vol.45. – 1971. – P. 173-218.
9. Respect for human rights in armed conflicts : Report of the Secretary-General. UN Doc A/8052 // *United Nations Juridical Yearbook.* – 1970. – P. 62-66.

10. Хайд Ч. Ч. Международное право, его понимание и применение Соединенными Штатами Америки. Т. 5. – М.: Иностранная литература, 1953. – 618 с.
11. Алешин В. В. Международное право вооруженных конфликтов : монография / В. В. Алешин. – М.: Юрлитинформ. – 2007. – 199 с.
12. Курс международного права. В 6 т. Т. 5 Основные институты и отрасли современного международного права / Под ред. Г. И. Морозова. – М.: Наука, 1969. – 445 с.
13. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року / Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199/page](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_199/page).
14. Незнанов С. Н. Наемничество и его международная противоправность : Автореф. дис. ... канд. юрид.наук. Спец.: 12.00.11 / С. Н. Незнанов – М., 1985. – 14 с.
15. Павлова Л. В. Противоправность наемничества в свете Нюрнбергских принципов / Л. В. Павлова // Уроки Нюрнберга : Материалы международной конференции (Москва, 11-13 ноября 1986 г.). – Вып. 3. – 1988. – С. 228-230.
16. Адельханян Р. А. Наемничество – военное преступление на Северном Кавказе / Р. А. Адельханян // Прокурорская и следственная практика. – 2002. – № 3. – С. 78-84.
17. Полторак А. И. Наемничество под судом / А. И. Полторак // Международная жизнь. – 1979. – № 9. – С. 114-120.
18. Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, от 24.10.1970 / Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_569](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_569).
19. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/32/14 от 9.11.1977 «Значение всеобщего осуществления права народов на самоопределение и скорейшего предоставления независимости колониальным странам и народам для эффективной гарантии и соблюдения прав человека» / Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/RES/32/14>.
20. Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников от 4.12.1989 / Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/mercen.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/mercen.shtml).
21. Шандиева Н. О. Сравнительный анализ положений международно-правовых актов о наемничестве и ст. 359 УК РФ / Н. О. Шандиева // Вестник Московского Университета. – Серия 11. Право. – 2005. – № 2. – С. 92-103.
22. Зубкова В. И. Современное состояние борьбы с наемничеством: новые формы наемнической деятельности и проблемы правового регулирования / В. И. Зубкова // Уголовное право. – 2003. – № 2. – С. 104-107.
23. Доклад по вопросу использования наемников как средство нарушения прав человека и противодействия осуществлению права народов на самоопределение, предоставленный Энрике Берналесом Бальестеросом в соответствии с резолюцией 2001/3 Комиссии по правам человека // Право народов на самоопределение и его применение в отношении народов под колониальным

- и иностранным господством или иностранной оккупацией [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rrprtselfdetermination2004.html>.
24. Memorandum from John Yoo & Robert J. Delahunty, Office of Legal Counsel, Department of Justice, to William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense 5 (Jan. 9, 2002) [hereinafter Yoo/Delahunty Memo] (discussing whether the Geneva Conventions apply to the Taliban) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.09.pdf>.
25. Memorandum from Alberto R. Gonzales, White House Counsel, to President George W. Bush, Decision re: Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al-Qaeda and the Taliban (Jan. 25, 2002) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://msnbc.msn.com/id/4999148/site/newsweek>.
26. White House Fact Sheet: Status of Detainees at Guantánamo (Feb. 7, 2002). / Офіційний сайт Білого Дому [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>.
27. Vierucci L. Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants The Judicial Safeguards Which Guantanamo Bay Detainees are Entitled // Journal of international Criminal Justice. – № 1. – 2003. – P. 284-314.
28. Мелков Г. М. Международное право в период вооруженных конфликтов / Г. М. Мелков. – М.: ВЮЗИ, 1988. – 95 с.
29. Гнатовський М. М. Міжнародне гуманітарне право. Довідник для журналістів / М. М. Гнатовський, Т. Р. Короткий, Н. В. Хендель. – 2 вид., доповн. – Одеса : Фенікс, 2015. – 92 с.
30. Rosen D. M. Child Soldiers, international humanitarian law and the globalization of childhood / D. M. Rosen // American Anthropologist. – 2007. – No 53. – P. 296-306.

## ЗМІСТ

### ТЕОРІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

**Богачова Л. Л.**

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АКТ ЯК ДЖЕРЕЛО  
НАЦІОНАЛЬНОГО ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА.....4

**Задорожна С. М.**

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ПРИРОДА  
ПРИНЦИПУ ЕХ АЕQUO ЕТ ВОНО.....14

**Кучук А. М.**

ДЖЕРЕЛА ПРАВА: МІЖНАРОДНИЙ  
І ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....23

**Мовчан Ю. В.**

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЯК ІНДИКАТОР НОРМАТИВНОЇ  
МОДАЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ.....31

### МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

**Квіт Н. М.**

ІНСТИТУТ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА:  
ПРОБЛЕМИ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....38

**Перегонцев І. А.**

ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ США ЩОДО  
ПОШИРЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ НА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ.....50

**Трюхан О. А.**

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВІ УМОВИ ПРАЦІ:  
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....60

### МІЖНАРОДНЕ ДОГОВІРНЕ ПРАВО

**Борисов Є. Є.**

ЕВОЛЮЦІЯ ДОКТРИНАЛЬНИХ ПІДХОДІВ  
ДО ПРОБЛЕМИ ВІДСТУПУ ВІД МІЖНАРОДНИХ  
ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ.....71

### МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ТА ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО

**Новосад Ю. О.**

ПРОКУРАТУРА: СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА  
В МІЖНАРОДНОМУ ВИМІРІ.....82

**Процун С. С.**

КАТЕГОРІЇ НЕТРАДИЦІЙНИХ УЧАСНИКІВ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ...88

Здано в роботу 24.10.2016. Підписано до друку 07.11.2016.  
Формат 70x100/16. Ум.-друк. арк. 11,86. Папір офсетний.  
Цифровий друк. Зам. № 1007-59. Тираж 300 прим. Ціна договірна.

**Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»**

73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

Телефон +38 (0552) 39-95-80

E-mail: [mailbox@helvetica.com.ua](mailto:mailbox@helvetica.com.ua)

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 4392 від 20.08.2012 р.