

01
/17

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

ReOS 01 / 2017

Inhaltsverzeichnis

Beteiligungsformen für die Bürger bei der Verwaltung staatlicher Angelegenheiten im Bereich der Zuständigkeit für Außenpolitik <i>Walerij Holowko</i>	1
Inhaltliche Elemente und Arten der verwaltungsrechtlichen Regelungen auf dem Gebiet des Städtebaurechts <i>Katerina Rybak</i>	13
Die Gewährleistung der Vertraulichkeit von Postsendungen und Telefongesprächen: Verwaltungs- oder Strafprozessrecht? <i>Natalia Tokar</i>	23
Equality under the law challenged by new reality: rethinking the principle <i>Oksana Vasylchenko</i>	34

Beteiligungsformen für die Bürger bei der Verwaltung staatlicher Angelegenheiten im Bereich der Zuständigkeit für Außenpolitik

Walerij Holowko

Doktorand am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht

Nationale Universität Taras Schewtschenko, Kiew,

Ukraine

In diesem Beitrag werden die Formen für die Beteiligung der Bürger an der außenpolitischen Staatstätigkeit untersucht. Hierzu wird die aktuelle wissenschaftliche Literatur zu diesem Thema ausgewertet und die Ansätze zur Systematisierung der verschiedenen Beteiligungsformen im Bereich der Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten untersucht. Hierbei werden vielfältige Ansätze in der Literatur sowie die Fehlerhaftigkeit einiger von diesen aufgezeigt; die Fehlerhaftigkeit liegt in der Zuordnung der Beteiligung zur direkten Demokratie und zu Formen der demokratischen Beteiligung. Ein besonderes Gewicht wird auf die Begründung der Unzweckmäßigkeit der Zuordnung zu den Beteiligungsformen von solchen Formen gelegt: Referendum, Volksveto, Gesetzesinitiativrecht, Wahlen, Beteiligung an politischen Parteien, Anträge (mit Ausnahme von elektronischen Petitionen), Bevölkerungsbeiräte (beratende Organe) und der gerichtliche Rechtsschutz in berechtigten Anliegen. Am Ende des Beitrags steht das Ergebnis, dass die wichtigsten und überwiegend realistischen Formen der Beteiligung der Bürger an außenpolitischen Angelegenheiten diese sind: Anwesenheit der Bürger in den Sitzungen des Parlamentsausschusses für auswärtige Angelegenheiten, Beteiligung von Bürgern an parlamentarischen Anhörungen im Plenum und in den Ausschüssen der Verchovna Rada der Ukraine, elektronische Petitionen, die Wahrnehmung der öffentlichen Meinung (durch die politischen Entscheidungsträger) und öffentliche Diskussionen und weitere Formen dieser Art.

**Форми участі громадян в управлінні державними справами,
віднесеними до компетенції органів законодавчої влади**

Головко Валерій Віталійович

аспірант кафедри

адміністративного права

Київського національного університету

імені Тараса Шевченка

Україна

Право на участь в управлінні державними справами, закріплене у ст. 38 Конституції України¹, може реалізовуватись громадянами у сфері діяльності органів законодавчої влади у різноманітних формах. Їх вивченню приділялась увага у працях А. М. Євгенєвої, С. О. Кондратьєва, М. О. Липчанської, О. Ющенко та ін. Проте, на сьогоднішній день, у наукових джерелах відсутня єдина практика розуміння таких форм. Більш того, доволі часто у науковій літературі зустрічаються помилкові підходи до характеристики вказаного права та шляхів його реалізації. Як наслідок, можливість реформування нормативно-правової бази цих відносин ставиться під сумнів, оскільки воно (право) практично позбавлене належного наукового обґрунтування і забезпечення.

З огляду на це, метою статті є визначення форм участі громадян в управлінні державними справами у сфері діяльності органів законодавчої влади. Для її досягнення необхідно вирішити наступні задачі: коротко ознайомитись із науковими підходами до виділення форм участі в управлінні державними справами, віднесеними до компетенції органів законодавчої влади; обґрунтувати власну позицію з приводу доцільності виділення окремих «форм участі»; сформулювати перелік форм участі громадян в управлінні державними справами в окресленій сфері.

Пристаючи до їх вирішення, зазначимо, що для сучасного стану наукових розробок у сфері участі громадян в управлінні державними справами, віднесеними до компетенції органів законодавчої влади, характерний плюралізм наукових підходів. Наприклад, у науковій літературі можна зустріти

¹ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

підходи, у межах яких виділяються наступні форми такої участі:

- референдум і вибори (С. О. Кондратьєв²);

- політичні партії, публічні обговорення законопроектів, громадські експертизи проектів нормативно-правових актів, правотворчі ініціативи (М. О. Липчанська³);

- референдуми, звернення громадян, лобювання, публічні акції, громадські обговорення та консультації, консультативно-дорадчі органи, вивчення громадської думки та дорадчі опитування, судових захист легітимних очікувань громадян (експерти Лабораторії законодавчих ініціатив⁴);

- референдум, право народної правотворчої ініціативи, народне вето,

² Кондратьев С. А. Конституционное право граждан на участие в управлении государственными делами в условиях формирования правового демократического государства : дисс. ... канд. юрид. наук : Спец. 12.00.02 «Конституционное право ; Государственное управление ; Административное право ; Муниципальное право» / С. А. Кондратьев. – М., 1999 ; М. : РГБ, 2003., с. 51, 76.

³ Липчанская М. А. Участие граждан Российской Федерации в управлении делами государства: конституционно-правовое исследование : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : Спец. 12.00.02 «конституционное право, муниципальное право» / М. А. Липчанская ; науч. конс. Г. Н. Комкова. – Саратов, 2012., с. 29-33.

⁴ Участь громадськості у законодавчому процесі: проблеми та шляхи підвищення ефективності / підготовлено експертами Лабораторії законодавчих ініціатив. – К., 2009., с. 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :<http://parlament.org.ua/upload/docs/Participation.pdf>

звернення громадян у письмовій та усній формі, які містять законодавчі пропозиції, проведення громадських акцій з метою вплинути на законодавчий процес, лобістська діяльність, діяльність спеціальних консультативно-дорадчих органів (робочі групи, громадські ради тощо), публічні громадські обговорення (конференції, семінари, форуми та ін.), вивчення громадської думки (опитування, анкетування, контент-аналіз інформаційних матеріалів, запровадження спеціальних рубрик у друкованих та електронних засобах масової інформації тощо) (А. М. Євгенєва⁵, експерти Лабораторії законодавчих ініціатив⁶).

З наведеного можемо побачити, що підходи вчених варіюються від згадки незначної кількості (двох) до викладення розширеного (невичерпного) переліку чисельних форм участі, що, на нашу думку, обумовлюється кількома обставинами, зокрема:

1) відсутністю нормативно-правових актів, які б вказували на

⁵ Євгенєва А. М. Форми участі громадськості у процесі законотворення, їх система та класифікація / А. М. Євгенєва // Наукові записки. – 2006. – Т. 53. Юридичні науки. – С. 29–31.

⁶ Участь громадськості у законодавчому процесі : Інформаційно-аналітичне дослідження / за ред. А. М. Євгенєвої; Лабораторія законодавчих ініціатив. – К., 2006., с. 8-9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.parlament.org.ua/docs/files/8/1157622381_ ans.pdf](http://www.parlament.org.ua/docs/files/8/1157622381_ans.pdf)

вичерпний (або хоча б приблизний, але максимально наближений до повного) перелік форм участі громадян в управлінні державними справами у досліджуваній сфері;

2) відсутністю чіткого розуміння сутності права на участь в управлінні державними справами (що воно являє собою та як пов'язане з іншими конституційними правами) і помилковою уявою про сутність прямої демократії та демократії участі;

3) наявністю серед науковців думки про те, що більшість форм участі громадян мають незначний вплив на законодавчий процес, наприклад: «Думається, що всенародне обговорення, парламентські слухання та створення громадських рад при комітетах Верховної Ради України не є ефективними засобами залучення громадянського суспільства до законодавчого процесу, так як зауваження та рекомендації громадян у кінцевому результаті не враховуються та в обов'язковому порядку не відображаються у висновках комітету, а громадські ради мають лише статус дорадчого органу, що лише доводить обмеженість впливу громадян на прийняття рішень органами державної влади»⁷ (І. Ю. Средницька).

⁷ Средницька І. Ю. Особливості правового регулювання участі громадян у законодавчому процесі в Україні / І. Ю. Средницька //

Такі міркування, на наш погляд, частково пояснюють, чому вчені відносять до форм участі, наприклад, референдуми та вибори, а саме, – оскільки, на відміну від решти «малоефективних форм», обов'язковість результатів участі у названих формах визначена на рівні закону. Певно, що ця обставина вказує на їх впливовість та ефективність, а отже і на потребу у врахуванні при характеристиці відносин участі в управлінні державними справами;

4) наявністю у науковій літературі припущення вчених щодо постійного та активного розвитку взаємодії і співробітництва між органами публічної влади та громадськістю, що, як наслідок, унеможливорює наведення вичерпного переліку форм участі громадян у законодавчій діяльності. Так, наприклад, з цього приводу зазначається: «Навести вичерпний перелік усіх форм опосередкованої участі громадськості у законотворенні неможливо, оскільки процес взаємодії органів державної влади та громадськості є надзвичайно розгалуженим та постійно вдосконалюється. Свідченням цього твердження є, зокрема, той факт, що лише червнем 2002 року датується комюніке Європейській Комісії, яким передбачено основні засади проведення консультацій Європейською Комісією із зацікавленими

Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 5. – С. 59–61.

сторонами у ході вироблення рішень. До цього часу кожен департамент використовував власні механізми та методи проведення консультацій з окремими зацікавленими сторонами в межах своєї компетенції⁸⁹» (А. М. Євгенєва). Тому, опираючись на цю обставину, на наш погляд, вчені або лише вказують на основні (базові¹⁰) форми участі, або ж акцентують увагу на тому, що перелік не є вичерпним.

Викладені обставини, на наше переконання, підтверджують відсутність єдиної та чіткої позиції на рахунок визначення можливих форм участі громадськості у діяльності парламенту. При цьому, якщо одні автори, як ми бачили, лише ускладнюють встановлення повного переліку форм участі громадськості у сфері діяльності органів законодавчої влади (наприклад, твердження щодо неможливості наведення вичерпного переліку або сумніви з приводу ефективності окремих форм

⁸ Громадські ради в Україні : довідник / Упорядник М. Лациба. – К. : Укр. незалеж. центр політ. досліджень, 2003., с. 214-215.

⁹ Євгенєва А. М. Форми участі громадськості у процесі законотворення, їх система та класифікація / А. М. Євгенєва // Наукові записки. – 2006. – Т. 53. Юридичні науки. – С. 29–31.

¹⁰ Участь громадськості у законодавчому процесі: проблеми та шляхи підвищення ефективності / підготовлено експертами Лабораторії законодавчих ініціатив. – К., 2009., с. 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :<http://parlament.org.ua/upload/docs/Participation.pdf>

участі), то інші формулюють помилкові висновки на рахунок характеристики особливостей реалізації конституційного права на участь в управлінні державними справами.

Разом з тим, підкреслимо наявність в нас сумнівів з приводу коректності розглянутих підходів у частині виділення окремих форм «участі громадян в управлінні державними справами». З цього приводу, передусім, маємо нагадати, що референдуми та вибори не є формами демократії участі¹¹. З тих самих причин слід одразу відкинути і політичні партії, зокрема, оскільки:

по-перше, право на об'єднання у політичні партії є окремим, закріпленим у ст. 36 Конституції України, правом громадян;

по-друге, діяльність політичних партій є самостійною, відмінною від участі в управлінні державними справами, діяльністю громадян, спрямованою на формування і вираження їх політичної волі, здійснення і захисту їх прав і свобод, задоволення їх політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів.

Крім того, не можемо також погодитись повною мірою і з поглядами вчених щодо віднесення народних вето та

¹¹ Головка В. Право на участь в управлінні державними справами: нотатки до наукової дискусії / В. Головка // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 8. – С. 93–99.

правотворчої ініціативи до форм участі в управлінні державними справами, які, до речі, не визнані на сьогоднішній день українським законодавцем та пропонуються науковцями лише на основі аналізу зарубіжної практики.

Наприклад, що стосується народного вето, то для обґрунтування неможливості його розуміння як форми участі достатньо лише звернутись до питання його сутності. Зокрема, як відзначають автори у численних науково-практичних джерелах: «під народним вето слід розуміти інститут безпосередньої демократії, що передбачає право громадян відхиляти шляхом голосування на референдумі закони, що були прийняті представницьким органом та вступили в силу»¹² (Є. Бусол, експерти Лабораторії законодавчих ініціатив); «певним різновидом законодавчих референдумів за народною ініціативою є «народне вето». Його суть полягає у тому, що загальнодержавний референдум може бути

¹² Бусол Е. Народная законодательная инициатива «народное вето» - разновидность отклоняющего референдума / Е. Бусол // Конституційна асамблея: політико-правові аспекти діяльності : Бюлетень інформаційно-аналітичних матеріалів : Додаток до журналу «Україна: події, фати, коментарі». – 2013. – № 9 (18). – С. 6–14.

Участь громадськості у законодавчому процесі : Інформаційно-аналітичне дослідження / за ред. А. М. Євгенєвої; Лабораторія законодавчих ініціатив. – К., 2006., с. 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.parlament.org.ua/docs/files/8/1157622381_ans.pdf

проведений з метою з'ясування волі народу щодо відхилення прийнятого парламентом закону»¹³ (О. Даниляк).

З викладеного випливає, що, будучи різновидом референдумів та одним з можливих напрямків реалізації конституційного права громадян брати участь у всеукраїнському та місцевих референдумах (ст. 38 Конституції України), народне вето не може визнаватись формою участі в управлінні державними справами та охоплюватись відповідним конституційним правом з відомих підстав.

Дещо інша ситуація з народною правотворчою ініціативою (пропозиції проєктів нормативно-правових актів громадянами), оскільки науковці виділяють значну кількість її різновидів, які відрізняються між собою. Тому пропонуємо ознайомитись з основними з них, щоб дійти висновку про можливість виділення такої форми участі в управлінні державними справами, як правотворча ініціатива. Наприклад, експерти

¹³ Даниляк О. Народна законодавча ініціатива як форма безпосередньої демократії: доцільність запровадження в Україні : Аналітична записка / О. Даниляк [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/articles/1027/>

Даниляк О. О. Проблеми модернізації конституційних форм безпосереднього народовладдя в Україні / О. Даниляк, В. С. Караваєв // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 4. – С. 30–34.

Лабораторії законодавчих ініціатив наголошують на існуванні двох основних видів:

1) прямої ініціативи, яка виноситься на референдум;

2) непрямой ініціативи, яка передбачає залучення представницького органу для її обговорення та прийняття. При цьому, сутність даного типу ініціатив, як відзначають автори, полягає у тому, що вони спочатку вносяться до представницького органу для попереднього обговорення, а потім виносяться на народне голосування (тобто знов-таки на референдум). Виключення, по суті, складають лише ініціативи щодо порядку денного, які вносяться до представницького органу, який самостійно їх розглядає та приймає рішення¹⁴ без, як ми можемо розуміти, їх подальшої передачі на голосування на референдумі.

Як бачимо, народна правотворча ініціатива у такому ракурсі не може розглядатись як одна з форм участі громадськості в управлінні державними справами, оскільки вона представляє собою один з процедурних аспектів проведення народних референдумів. В

¹⁴ Участь громадськості у законодавчому процесі : Інформаційно-аналітичне дослідження / за ред. А. М. Євгенєвої; Лабораторія законодавчих ініціатив. – К., 2006., с. 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.parlament.org.ua/docs/files/8/1157622381_ ans.pdf](http://www.parlament.org.ua/docs/files/8/1157622381_ans.pdf)

частині ж інше названого виду, – навряд чи може йти мова про реалізацію права на участь у випадках, коли представницькими органами вирішуються питання їх порядку денного, за результатом чого приймаються рішення (наголосимо, не закони).

У свою чергу, згідно з іншим підходом, який обґрунтовується науковцями, правотворчі ініціативи (або законодавчі пропозиції) розглядаються не у контексті референдумів, а як звернення громадян¹⁵, посилаючись при розкритті сутності даної «форми участі» на ст. 40 Конституції України та, у тому числі, Закон України «Про звернення громадян»¹⁶. Але, як ми неодноразово наголошували, право на звернення є окремим самостійним правом та може розглядатись як форма участі в управлінні державними справами лише в частині електронних петицій. Зважаючи на це, позиція авторів, згідно з якою ототожнюються різні за своєю сутністю права та «форми участі», виглядає позбавленою логіки та правових підстав.

Продовжуючи рухатись в обраному напрямку, зазначимо, що існують і змішані підходи до розкриття поставленого

¹⁵ Законотворчість: Участь громадськості у законотворчому процесі. Основні аспекти законодавчого процесу / Д. С. Базілевич, Е. Валентайн, І. М. Вінокуров, М. В. Гарашенко [та ін.]. – К. : ФОП Москаленко О. М., 2013., с. 75-80.

¹⁶ Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-Вр // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 256.

питання, у межах яких, умовно кажучи, об'єднуються викладені вище позиції вчених. Наприклад, О. В. Щербанюк, виділяє дві моделі правотворчих ініціатив:

1) перша модель передбачає вирішення публічно-правових питань громадянами, а не їх представниками, двома альтернативними шляхами:

- народна ініціатива без залучення представницького органу, процес реалізації якої проходить через наступні стадії: направлення петиції про законопроект, публічне обговорення громадянами, органами державної влади, прийняття закону та вступ його в силу. При чому роль парламенту у такому разі мінімізована, оскільки він може розглянути запропонований законопроект, але не може вносити до нього яких-небудь змін;

- народна ініціатива, яка вноситься в представницький орган з наступним винесенням на референдум;

2) друга модель народної правотворчої ініціативи може мати такі різновиди:

- ініціативні пропозиції громадян до представницького органу державної влади для їх розгляду та прийняття. У випадку незгоди представницького органу вони виносяться на референдум;

- ініціативні пропозиції громадян вносяться в парламент, який їх розглядає та самостійно приймає по ним рішення¹⁷.

Розглядаючи наведений перелік, приходимо до висновку, що, знов таки, правотворчі ініціативи визначаються науковцями або як складова (передумова) процедури референдуму, або ж як звернення громадян, як приклад, у формі петицій. Проте, не дивлячись на це, О. В. Щербанюк висуває аргументи на користь відмежування ініціатив, зокрема, від референдумів за тією принциповою ознакою, що основним змістом референдуму є виявлення ставлення громадян до завчасно сформульованих питань, а народної ініціативи – правотворчість¹⁸. З такою позицією ми погодитись не можемо, адже вона суперечить чинному законодавству та сутності окремих проявів безпосередньої демократії в Україні. Зокрема, звернемо увагу на те, що формулювання «виявлення ставлення громадян до завчасно сформульованих питань» радше підходить до таких форм участі, як вивчення громадської думки шляхом опитування,

¹⁷ Щербанюк О.В. Народна правотворча ініціатива як перспективний інститут прямої демократії в Україні / О. В. Щербанюк // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3-2. – С. 97–100.

¹⁸ Щербанюк О.В. Народна правотворча ініціатива як перспективний інститут прямої демократії в Україні / О. В. Щербанюк // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3-2. – С. 97–100.

всенародне обговорення та ін. Референдуми ж проводяться з будь-яких питань, включаючи прийняття та внесення змін до законів (ст. 15 Закону України «Про всеукраїнський референдум»¹⁹). До того ж, зауважимо, що згідно з ч. 1 ст. 14 Закону України «Про всеукраїнський референдум», суб'єктами ініціювання референдуму є Український народ та Верховна Рада України, з чого випливає, що ініціатива так чи інакше на рівні закону визначається одним з невід'ємних аспектів референдумів. У свою чергу, потенційне посилення на той аргумент, що у випадку ініціативи народ самостійно готує власний законопроект, а не схвалює чужий, як це начебто у випадку референдуму, на наше переконання, є абсурдним від самого початку, оскільки закон не встановлює таких обмежень щодо референдумів. Більш того, згідно з ч. 6 ст. 30 Закону України «Про всеукраїнський референдум» під назвою «Порядок утворення ініціативної групи всеукраїнського референдуму» учасники зборів громадян України щодо проведення референдуму затверджують, у тому числі, текст законопроекту, який пропонується винести на референдум. Назване положення Закону, як на нас, заперечує

¹⁹ Про всеукраїнський референдум : Закон України від 6 листопада 2012 № 5475-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 44-45. – Ст. 634.

коректність припущення, що на референдумах народ може лише висловлювати своє ставлення до завчасно сформульованих питань та не займається правотворчістю.

З огляду на це, видається незрозумілою позиція окремих авторів щодо виокремлення правових ініціатив та віднесення їх до форм участі в управлінні державними справами. Недоцільність такого кроку, як на нас, підтверджується тим, що референдуми, включаючи усі їх різновиди та процедурні складові, є самостійними формами прямої демократії (а не демократії участі), а петиції і без наголошення на ініціативності громадськості відносяться одночасно до звернень та форм участі в управлінні державними справами (на чому ми вже наголошували вище). Тому акцентування уваги на тому, що інститути громадськості самостійно готують та пропонують законопроект, видається нам зайвим, адже це не змінює ані сутності референдумів та петицій, ані не відмежовує проявлення ініціативи від процедур проведення референдумів.

Поміж іншим, нелогічним, на наше переконання, є також віднесення консультативно-дорадчих органів до форм участі, оскільки, як відомо, зазначені органи є самостійними суб'єктами участі в управлінні державними справами. У цьому ракурсі зауважимо, що такі

консультативно-дорадчі органи, насамперед громадські ради при комітетах Верховної Ради України, виступають від свого імені та наділені певним колом власних прав та обов'язків, на них покладено відповідні завдання та функції. Громадяни ж у таких випадках діють як члени рад і, формально, їх «участь в управлінні державними справами» у такий спосіб зводиться до набуття статусу члена (вступу до) громадської ради, адже їх самостійні права і обов'язки як членів ради обмежуються лише внутрішньо-організаційними питаннями. Наприклад, згідно з п. п. 6-7 Положення «Про Громадську Раду при Комітеті з питань свободи слова та інформаційної політики», затвердженого на засіданні Комітету з питань свободи слова та інформаційної політики від 18 березня 2015 р. (Протокол № 14)²⁰, члени Громадської ради:

1) мають право (п. 6): брати участь у підготовці та прийнятті рішень Громадської ради, формуванні та діяльності її органів, заходах Громадської ради; вносити пропозиції щодо пріоритетних напрямів діяльності Громадської ради; брати участь у вирішенні будь-яких інших питань у

²⁰ Положення «Про Громадську Раду при Комітеті з питань свободи слова та інформаційної політики»: Протокол № 14, від 18 березня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://komsvobslova.rada.gov.ua/news/gromada/polog/72687.html>

діяльності Громадської ради; отримувати інформацію про діяльність та рішення Громадської ради;

2) зобов'язані (п. 7): дотримуватись вимог цього Положення та рішень Громадської ради; брати активну участь у діяльності Громадської ради, її органів²¹.

Тобто, як бачимо, громадські ради при комітетах Верховної Ради України є самостійними суб'єктами (учасниками відносин) участі в управлінні державними справами, що не дозволяє розглядати роботу у них в якості форми такої участі.

Поряд з цим, маємо висловити власну думку і стосовно такої форми участі громадян, як «судовий захист легітимних очікувань», яка пропонується до виокремлення експертами Лабораторії законодавчих ініціатив²². В її обґрунтування автори посилаються на практику адміністративних судів Великобританії, а саме, – на справу «Вілер проти Офісу Прем'єр-міністра»²³, в якій

²¹ Положення «Про Громадську Раду при Комітеті з питань свободи слова та інформаційної політики»: Протокол № 14, від 18 березня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://komsvobslova.rada.gov.ua/news/gromada/polog/72687.html>

²² Участь громадськості у законодавчому процесі: проблеми та шляхи підвищення ефективності / підготовлено експертами Лабораторії законодавчих ініціатив. – К., 2009., с. 19-20 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://parliament.org.ua/upload/docs/Participation.pdf>

²³ Wheeler, R (on the application of) v Office of the Prime Minister & Anor [2008] EWHC 1409 (Admin). [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

уряд звинувачували у тому, що у Великобританії не відбувся референдум стосовно Лісабонської угоди, тоді як уряд публічно обіцяв провести референдум щодо Конституційного договору – документу, який, на думку громадянина, мав аналогічний зміст та призначення. У зверненні до суду громадянин обґрунтовував, що він, як і інші виборці, мав легітимні очікування щодо проведення референдуму. Позов у цій справі не було задоволено, проте автори вважають, що вона чітко ілюструє можливість прямої взаємодії між владою та громадянами, що базується на принципах захисту справедливості, незловживання владними повноваженнями та належного урядування²⁴.

Однак ми не можемо погодитись з поглядами експертів Лабораторії законодавчих ініціатив з приводу визнання окреслених дій як таких, що вчиняються громадянами у контексті реалізації права на участь в управлінні державними справами, з наступної причини. Як на нас, то вже сама назва даної «форми» (так само, як і її зміст, який цілком відповідає назві) вказує на діяльність органів судової влади,

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2008/1409.html>

²⁴ Участь громадськості у законодавчому процесі: проблеми та шляхи підвищення ефективності / підготовлено експертами Лабораторії законодавчих ініціатив. – К., 2009., с. 20 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://parlament.org.ua/upload/docs/Participation.pdf>

при чому мова йде не про участь громадян у здійсненні правосуддя, а про подання позову про захист публічних інтересів громадськості. У зв'язку з цим, на наше переконання, у даному випадку чітко простежується реалізація конституційного права громадян на судовий захист, закріпленого ст. 55 Конституції України (зауважимо, що ми посилаємось вже на національне законодавство, оскільки нас цікавить питання можливості/неможливості виокремлення названої форми участі в Україні, а не у Великобританії), відповідно до якої: «Права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб». Очевидно, що незалежно від того які саме права та свободи громадяни захищають через суд, – вони реалізують право, передбачене ст. 55 Конституції України, а не ст. 38 Конституції України, тобто право на участь в управлінні державними справами. Відтак, з викладеного випливає, що судовий захист легітимних очікувань не може визнаватись формою участі громадян в управлінні державними справами.

Таким чином, підсумовуючи викладене, зазначимо, що, внаслідок невідповідності чинним нормативно-

правовим актам України та сутності відносин участі в управлінні державними справами, до форм такої участі не слід відносити: референдуми, народне veto, народну правотворчу ініціативу, вибори, політичні партії, звернення (за виключенням електронних петицій), громадські ради (консультативно-дорадчі органи) та судовий захист легітимних очікувань. Як наслідок, підходи вчених щодо їх виділення як форм участі не відповідають правовій дійсності.

Натомість, основними і реальними формами участі в управлінні державними справами варто вважати: участь громадян у засіданнях комітетів Верховної Ради України, участь громадян у парламентських слуханнях та слуханнях у комітетах Верховної Ради України, електронні петиції, вивчення громадської думки та публічні громадські обговорення (перелік не є вичерпним).

Inhaltliche Elemente und Arten der verwaltungsrechtlichen Regelungen auf dem Gebiet des Städtebaurechts

Katerina Rybak

Doktorandin am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht

der nationalen Universität Taras Schewtschenko, Kiew,

Ukraine

In diesem Beitrag geht es um die Klärung des Wesens verwaltungsrechtlicher Regelungen auf dem Gebiet des Städtebaurechts durch das Prisma der Handlungsinstrumente der öffentlichen Verwaltung zu denen nach der Praxis in Europa untergesetzliche Regelungen, Verwaltungsakte, verwaltungsrechtliche Verträge, Pläne und Realakte zählen. Die Systematisierung der Handlungsformen der Verwaltung ist im ukrainischen Verwaltungsrecht ein weitgehend ungeklärtes Gebiet.

Bei der Durchsicht der untergesetzlichen Regelungen der öffentlichen Verwaltung auf diesem Rechtsgebiet ist zu betonen, daß diese Handlungsform sich nur nach dem Namen (Postanova – i.d.R. untergesetzliche Norm, Nakas - Einzelanordnung, Rosporiadschennja – i.d.R. untergesetzliche Norm*) unterscheiden, was sich, unter anderem, daran zeigt, daß man keine Antwort auf die Frage nach der für den Erlaß einer solchen Regelungen ermächtigten Behörde findet.

Das Ergebnis dieses unregelmäßigen Zustandes sind z.B. Situationen, in denen Nakase* von verschiedenen Hierarchieebenen der Verwaltung erlassen werden und diese dann unterschiedliche Rechtswirkungen haben.

Die Analyse der Problematik der Verwaltungsakte* auf dem Gebiet des Städtebaurechts führte zu deren Klassifizierung, die angesichts der großen Zahl solcher Akte unerlässlich ist. In dem Beitrag wird die Auffassung vertreten, daß diese Verwaltungsakte am Ehesten nach diesen Merkmalen unterschieden werden können: a) dem Inhalt der Entscheidung, die der Akt enthält (anordnende, rechtsbegründende, bestätigende) und b) nach den Besonderheiten des Eingriffs in die Rechte der Privatperson (belastend, begünstigend).

Die Analyse der normativen Akte* aber auch der Rechtsprechung führte zu dem Ergebnis, daß auf dem Gebiet des Städtebaurechts Handlungsformen existieren, die verschiedenartige und ungleich gewichtete Beziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und Privatpersonen begründen. In dem Beitrag wurden die Begrifflichkeit, die Besonderheiten und entsprechenden Beispiele für verwaltungsrechtliche Verträge ausgearbeitet.

Des Weiteren wurden Pläne als Instrumente der Handlungen der öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiet des Städtebaurechts untersucht. Dabei zeigte sich, daß dieses Instrument zum einen in der

Rechtswissenschaft noch keine offizielle Bezeichnung gefunden hat, zum anderen aber ausgesprochen erfolgreich in der Praxis verwendet wird (Planung eines Gebietes, eines Teils eines Gebietes, von Gebieten auf regionaler Ebene, Generalplan bewohnter Gebiete, Detailplanung, Bauleitplanung*).

Als letztes Instrument der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiet des Städtebaurechts wurden die sog. Realakte* untersucht. Es wurden die Merkmale des Realaktes auf dem Gebiet des Städtebaurechts herausgearbeitet (ihr Erlaß erfordert keinen Verwaltungsakt, sie sind auf eine tatsächliche Wirkung ausgerichtet und nicht auf rechtliche Folgen) und mit Beispielen illustriert.

* Die Bezeichnungen von Handlungsformen im ukrainischen Verwaltungsrecht können nicht in juristisch brauchbarer Weise übersetzt werden oder sind trotz einer Übersetzung nicht oder nur teilweise deckungsgleich mit dem deutschen Begriff. D. Ü.

Сутність та способи адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у сфері містобудівної діяльності

Рибак Катерина Олександрівна

аспірант кафедри адміністративного права

Київського національного університету

імені Тараса Шевченка,

Україна

Одним із видів галузевого юридичного регулювання суспільних відносин у сфері містобудівної діяльності є адміністративно-правове.

Адміністративно-правове регулювання в юридичній літературі пов'язують, як правило, із діяльністю публічної адміністрації щодо цілеспрямованого впливу на суспільні відносини за допомогою адміністративно-правових засобів у межах повноважень з метою забезпечення прав, свобод і публічних інтересів фізичних та юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства й держави¹. Інакше кажучи, публічна адміністрація на виконання наданих повноважень використовує у своїй діяльності різноманітні за своєю сутністю та

правовою природою інструменти, через які, власне, і здійснюється адміністративно-правове регулювання у тій або іншій сфері. Такі інструменти відрізняються за призначенням, сферою дії, змістовним наповненням, за формою та способами прийняття або вчинення.

Дослідженням питань розуміння, класифікації інструментів діяльності публічної адміністрації займалися чимало вчених-адміністративістів, серед яких слід назвати І. В. Патерило, Т. О. Коломоєць, В. М. Бевзенка, Р. В. Миронюка, Р. С. Мельника, Н. Г. Плахотнюка та інші. Однак сьогодні залишається поза увагою науковців специфіка застосування інструментів діяльності публічної адміністрації у сфері містобудівної діяльності.

Враховуючи зазначене, метою статті є з'ясування сутності адміністративно-правового регулювання містобудівної діяльності крізь призму інструментів діяльності публічної адміністрації, до яких, з огляду на

¹ Юлдашев О. Х. Адміністративне право України: основні категорії та поняття : навч. посіб. / О. Х. Юлдашев, В. І. Загуменник, В. В. Мусієнко, В. В. Проценко. – К. : Поліграфіст, 2010., с. 88; Теремецький В. І. Поняття адміністративно-правового регулювання у сфері оподаткування / В. І. Теремецький // Держава та регіони. Серія «Право». – 2012. – № 1 (35). – С. 50–54.

європейську практику, відносяться нормативні акти, адміністративні акти, адміністративні договори, акти-плани та акти-дії.

Ведучи мову про нормативні акти публічної адміністрації, слід відмітити, що у п. 1.4 Порядку подання нормативно-правових актів на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України та проведення їх державної реєстрації, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 12 квітня 2005 р. № 34/5, нормативно-правовий акт визначено як офіційний документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законом формі та порядку, який встановлює норми права для неозначеного кола осіб і розрахований на неодноразове застосування². Наведене визначення, на наш погляд, містить характерні ознаки нормативних актів, розкриває їх сутність, що дозволяє відмежовувати цей інструмент діяльності публічної адміністрації від інших – адміністративних актів, адміністративних договорів тощо. Водночас така ознака нормативних актів, як прийняття уповноваженими суб'єктами

² 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 квітня 2005 р. № 34/5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0381-05>.

нормотворення, недостатньо регламентована на законодавчому рівні, оскільки сьогодні не закріплено чіткого й вичерпного переліку суб'єктів нормотворення, що призводить на практиці до чисельних проблем. З огляду на це, вважаємо за необхідне наголосити на необхідності нормативного визначення як суб'єктів уповноважених на видання нормативних актів, так і видів нормативних актів, які можуть розроблюватися та видаватися тим або іншим з них. Очевидно, що зазначене завдання має бути вирішено або за рахунок прийняття Закону України «Про нормативно-правові акти», або через відповідні положення, які можливо закріпити в Адміністративному процедурному кодексі України.

Звернемо увагу на те, що характерні ознаки нормативних актів формулюються також і на науковому рівні. Зокрема, Р. С. Мельник акцентує увагу на двох функціях, які виконують нормативні акти публічної адміністрації. На його думку, вони, по-перше, є джерелом адміністративного права та, по-друге, – інструментом діяльності публічної адміністрації. З огляду на це, він вважає, що нормативні акти публічної адміністрації встановлюють, змінюють або скасовують норми права; видаються з метою виконання та застосування положень законів або регулювання

суспільних відносин у разі відсутності відповідного закону (законів); можуть видаватися також і для «внутрішніх потреб» публічної адміністрації, тобто для регулювання її організації та функціонування; мають загальний характер, не обмежуючись регулюванням окремого випадку³.

Враховуючи викладене, вважаємо за можливе під нормативними актами публічної адміністрації розуміти виданий уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації вид юридичного акту, що містить у собі норми адміністративного права та спрямовується на регулювання однорідних адміністративно-правових відносин, обов'язковим учасником яких є приватна особа. Що ж стосується тих нормативних актів, які регулюють виключно внутрішньо-організаційні відносини публічної адміністрації, то їх ми пропонуємо називати адміністративними розпорядженнями, підкреслюючи тим самим їх принципову відмінність від нормативних актів першої групи.

Переходячи до безпосереднього розгляду нормативних актів публічної адміністрації, які видаються у сфері містобудівної діяльності, наголосимо на тому, що останні вирізняються за видовою ознакою, що, поміж іншим, пояснюється

³ Мельник Р. С. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / Р.С. Мельник, В. М. Бевзенко. – К.: Ваіте, 2014., с. 253-254.

відсутністю відповіді на питання про те, які суб'єкти публічної адміністрації на видання яких саме актів уповноважені. Результатом такої неврегульованості стає ситуація, за якої, наприклад, накази видаються на різних ієрархічних рівнях публічної адміністрації та мають при цьому, відповідно, різну юридичну силу. Зважаючи на це, ми підтримуємо позицію Р. С. Мельника, який пропонує, як приклад, закріпити за конкретними суб'єктами публічної адміністрації відповідні види нормативних актів: для вищого органу виконавчої влади це можуть бути постанови; для центральних органів виконавчої влади – накази; для місцевих органів виконавчої влади – розпорядження; для органів місцевого самоврядування – рішення (місцеві ради) та розпорядження (місцевий голова); для інших юридичних осіб публічного права, правовий статус яких визначається нормами публічного права, – статути. Це дозволить вирішити проблеми правових колізій та суперечностей між актами різної юридичної сили, оскільки сама назва акту буде говорити про місце, яке він посідає в ієрархії нормативно-правових актів⁴.

Наступним інструментом публічної адміністрації у сфері містобудівної діяльності є адміністративні акти. Не

⁴ Мельник Р. С. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко. – К.: Ваіте, 2014., с. 251.

дивлячись на те, що адміністративні акти є найбільш поширеним та дослідженим наукою адміністративного права інструментом діяльності публічної адміністрації⁵, слід констатувати відсутність офіційного (легального) закріплення поняття, мети та видів адміністративних актів. Єдиним, більш-менш офіційним джерелом, в якому можна знайти інформацію про адміністративний акт, є проект Адміністративно-процедурного кодексу України, у п. 4 ч. 1 ст. 2 якого під останнім розуміється рішення (правовий акт, документ, відмітка в документі) індивідуальної дії, прийняте адміністративним органом за результатами розгляду адміністративної справи, спрямоване на набуття, зміну чи припинення прав та обов'язків фізичної або юридичної особи (осіб)⁶.

Наведене визначення адміністративного акту, у цілому, сприймається нами позитивно, проте воно не позбавлене і певних недоліків. На наш

⁵ Тимошук В. П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії : Монографія. – К.: «Конус-Ю», 2010., с. 25; Плахотнюк Н. Г. Адміністративні акти органів державного управління: проблемні питання правового регулювання / Н. Г. Плахотнюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/apdu/2008-2/doc/5/12.pdf>.

⁶ Проект Адміністративно-процедурного кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893

погляд, адміністративний акт не може існувати у вигляді (формі) відмітки у документі, бо у цьому випадку не встановлюються права і обов'язки суб'єктів адміністративно-правових відносин та не відбувається настання правових наслідків для приватних осіб.

Зовсім інша ситуація щодо вивчення, розуміння та застосування адміністративного акту як юридичної категорії спостерігається на теренах Європейського Союзу. Так, у документах Ради Європи, Європейської Комісії та Європейського суду з прав людини під терміном «адміністративний акт» розуміється будь-який індивідуальний захід або рішення: а) який прийнято під час здійснення публічної влади; б) який має характер прямої дії та правомірно або неправомірно торкається прав, свобод та інтересів приватних осіб; в) який не є актом, що виконується під час здійснення судових функцій⁷. Подібна ж ситуація спостерігається і на рівні окремих країн-членів Європейського Союзу.

Аналіз проблематики адміністративного акту у сфері містобудівної діяльності буде неповним без наведення їх класифікації, яка є необхідною, зважаючи на їх велику

⁷ Видання Ради Європи «Адміністрація і Ви. Принципи адміністративного права, що стосуються відносин між адміністративною владою і приватними особами» (переклад неофіційний). – 1996. – С. 1.

кількість. З огляду на існування у науковій літературі різних підходів до групування адміністративних актів взагалі, можна змодельювати, відповідно, і велику кількість класифікацій таких актів у сфері містобудування. Проте, ми переконані у тому, що будь-яке групування повинно носити практично орієнтований характер, як, до речі, і юридична наука у цілому. З огляду на це, ми підтримуємо ідею про можливість поділу адміністративних актів у сфері містобудівної діяльності залежно від: а) змісту розпорядження, що міститься в акті та б) особливостей впливу акту на приватну особу⁸. Відповідно, у першому випадку допустимо вести мову про: наказові адміністративні акти (наказ Держархбудінспекції України про знесення самочинно збудованого житлового будинку), правовстановлюючі адміністративні акти (сертифікат, засвідчує відповідність закінченого будівництвом об'єкта проектній документації та підтверджує його готовність до експлуатації), підтверджуючі адміністративні акти (декларація про початок будівельних робіт). Що ж до другої підстави для класифікації, то у цьому разі йдеться про: обтяжуючі адміністративні акти (відмова у видачі дозволів на виконання будівельних робіт і

⁸ Мельник Р. С. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко. – К.: Ваіте, 2014., с. 266-267.

сертифікатів, рішення про притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері містобудівної діяльності) та сприяючі адміністративні акти (рішення про прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів).

Отже, з викладеного стає очевидним, що у сфері містобудівної діяльності існує велика кількість різних за назвами та змістовними характеристиками адміністративних актів, які, відповідно, також використовуються суб'єктами публічної адміністрації для здійснення регулятивного впливу на суспільні відносини. Проте такий регулятивний вплив, на відміну від того, який здійснюється через нормативні акти, є особливим, бо поширюється виключно на одну приватну особу чи на групу осіб, яка може бути чітко виділеною з поміж інших на момент прийняття адміністративного акту. Це означає, що процедури підготовки та прийняття адміністративного акту мають бути чітко визначеними, адже їх недотримання може призвести до порушення прав, свобод та законних інтересів приватних осіб. З огляду на це, стає очевидною необхідність найшвидшого ухвалення Адміністративно-процедурного кодексу, в якому ці питання мають знайти нормативне вирішення.

Адміністративно-правове регулювання суспільних відносин, що

складаються у сфері містобудування, здійснюється також і за допомогою адміністративного договору. Протягом останніх років у вітчизняній юридичній літературі сформувалися доволі сталі погляди на питання сутності адміністративного договору, під яким вчені розуміють добровільну угоду двох чи більше суб'єктів адміністративного права, один (чи більше) з яких наділений власними або делегованими повноваженнями у сфері публічного адміністрування, яка встановлює (припиняє, змінює) їх взаємні права, обов'язки та відповідальність⁹.

У сфері містобудівної діяльності, яка характеризується різноманітними та різносторонніми відносинами між публічною адміністрацією та приватними особами, адміністративні договори також знаходять свій прояв. Виходячи з аналізу нормативних актів, а також судової практики, серед адміністративних договорів у сфері містобудування можна назвати, наприклад, договір між Броварською районною державною адміністрацією та Державним підприємством Український державний науково-дослідний і проектний інститут цивільного сільського будівництва щодо

⁹ Авер'янов В. Б. Адміністративні договори як особлива форма регулювання управлінських відносин // Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002., с. 98.

розробки схеми планування території Броварського району – складання завдання на розроблення схеми планування території, на виготовлення топографічної карти; складання опитувальних листів; складання завдання для розроблення розділу інженерно-технічних заходів цивільного захисту (цивільної оборони), обстеження території¹⁰.

Переходячи до наступного інструменту діяльності публічної адміністрації у сфері містобудівної діяльності – актів-планів, зазначимо, що цей інструмент, з одного боку, все ще не знайшов свого офіційного визнання на рівні юридичної науки, проте з іншого, – доволі успішно застосовується на практиці. Так, наприклад, відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» у сфері містобудування розробляються та приймаються (затверджуються) різноманітні юридичні документи, які, власне, і є актами-планами. Наразі мова йде про: схеми планування території (окремих частин території, територій на регіональному рівні), генеральні плани

¹⁰ Договір між Броварською районною державною адміністрацією та Державним підприємством Український державний науково-дослідний і проектний інститут цивільного сільського будівництва щодо розробки схеми планування території Броварського району : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.brovary-rda.gov.ua/home/rozvitok-realnogo-sektoru-ekonomiki/budivnictvo>.

населених пунктів, детальні плани територій, плани зонування території тощо.

Аналіз зазначених актів-планів у сфері містобудівної діяльності, нормативно-правових актів, що регулюють порядок їх розроблення та затвердження, юридичної літератури¹¹ дозволяє виділити їх основні ознаки: 1) є видом рішення суб'єктів публічної адміністрації у сфері містобудівної діяльності, що є обов'язковими для виконання всіма суб'єктами містобудування, відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»; 2) містять у собі комплекс заходів, які необхідно вчинити з метою реалізації відповідної публічної функції, задоволення певних публічних інтересів (забудови території населеного пункту); 3) затверджуються відповідними юридичними актами (наказами, розпорядженнями, рішеннями), що не заперечує їх самостійного значення як інструмента діяльності публічної адміністрації¹²; 4) викликають настання або можливість настання у майбутньому правових наслідків для приватних осіб; 5)

¹¹ Приймаченко Д. Правова природа процедури прийняття актів планування / Д. Приймаченко // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 150-153.

¹² Мельник Р. С. Система адміністративного права України : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 / Р. С. Мельник. – Х., 2010., с. 249.

можуть бути самостійним предметом судового оскарження як такі, що порушують права та інтереси інших осіб.

Враховуючи викладені ознаки, під актом-планом у сфері містобудівної діяльності слід розуміти прийняте у межах встановленої процедури суб'єктом публічної адміністрації рішення, спрямоване на задоволення публічних інтересів у сфері містобудівної діяльності шляхом моделювання розвитку суспільних відносин у часовій перспективі.

Останнім з інструментів діяльності публічної адміністрації у сфері містобудівної діяльності, на якому ми зупинимось, є акти-дії. Аналіз юридичної літератури показує, що, як і акти-плани, акти-дії лише починають опрацьовуватися на теоретичному рівні, хоча на практиці вони знаходять своє доволі широке застосування.

Характерними рисами актів-дій публічної адміністрації, зокрема у сфері містобудівної діяльності, є те, що їх застосування не потребує видання адміністративного акту, що, однак, не виключає можливості їх реалізації на підставі та на виконання такого акту (підготовка місцевих містобудівних програм, генеральних планів забудови населених пунктів, іншої містобудівної документації); вони спрямовані на настання фактичного результату, а не настання правових наслідків. Акти-дії не

спричиняють правові наслідки, вони не можуть встановлювати, змінювати або припиняти прав та обов'язків суб'єктів права. На думку Р. В. Миронюка, за значенням у юридичному процесі акти-дії належать до допоміжних актів, які не містять завершене рішення у справі, а лише забезпечують застосування норм права (наприклад, складання протоколу про адміністративне правопорушення чи доставлення порушника до відділення поліції)¹³.

Підсумовуючи викладене, наголосимо на тому, що адміністративно-правове регулювання суспільних відносин у сфері містобудівної діяльності здійснюється на сьогодні розгалуженою системою суб'єктів публічної адміністрації, які використовують для цього низку відповідних інструментів – нормативні акти, адміністративні акти, адміністративні договори, акти-плани та акти-дії. Названі інструменти різняться за своїм призначенням, сферою дії, змістовним наповненням способами прийняття або вчинення, що дозволяє публічній адміністрації оперативно та ефективно впливати на відповідні суспільні відносини та їх учасників. Разом

з цим, у цій сфері існує і чимала кількість недоліків, пов'язана, головним чином, з відсутністю належного процедурного регулювання прийняття (застосування) названих інструментів, що може бути вирішено за рахунок прийняття Адміністративно-процедурного кодексу України.

¹³ Загальне адміністративне право : підруч. / [І. С. Гриценко, Р. С. Мельник, А. А. Пухтецька та ін.] ; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2014., с. 256.

Die Gewährleistung der Vertraulichkeit von Postsendungen und Telefongesprächen:

Verwaltungs- oder Strafprozessrecht?

Natalia Tokar

Doktorandin am Lehrstuhl für Verwaltungs- und Staatsrecht

Juristische Fakultät, Nationale Universität Saporischschja,

Ukraine

In diesem Beitrag legt die Verfasserin ihren Ansatz zur Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und strafprozessualen Maßnahmen im Bereich des Post- und Telekommunikationsgeheimnisses dar. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die bekannten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der verwaltungsrechtlichen Maßnahmen von den strafprozessrechtlichen im Zusammenhang mit der Bestimmung der Rechtsbeziehungen stehen, die bei der Ermittlungstätigkeit entstehen, die eben auch die verdeckten Maßnahmen einschließen. Zur Lösung dieser Fragen liefert die Verfasserin Begründungen für die Zuordnung der Ermittlungsmaßnahmen und verdeckten Maßnahmen der zuständigen Behörden zum Verwaltungsrecht; die Begründungen stützen sich hauptsächlich auf diese Tatsachen: Die Geschichte des Verwaltungsrechts in der Ukraine und die Stellung des Polizeirechts als Teilgebiet des Verwaltungsrechts, die Tätigkeit der Ermittlungsbehörden als Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, der Charakter, Inhalt und die Zielsetzung der Ermittlungsmaßnahmen, die verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehungen, die bei einer Ermittlungshandlung entstehen und die nicht vom Strafprozessrecht erfasst werden. Die Verfasserin versäumt aber nicht, auf diejenigen strafprozessualen Rechtsbeziehungen hinzuweisen, die bei einer Ermittlungshandlung vorliegen. Abschließend formuliert die Verfasserin Thesen zur Unterscheidung von verwaltungsrechtlichen und strafprozessrechtlichen Maßnahmen.

**Забезпечення права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов:
адміністративне чи кримінально-процесуальне право?**

Токар Наталія Володимирівна

аспірант кафедри

адміністративного та господарського права

юридичного факультету

Запорізького національного університету,

Україна

На сьогоднішній день, суспільні відносини у сфері забезпечення і гарантування права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов регулюються різними галузями права, як то: конституційним, цивільним, адміністративним, кримінальним, цивільно-процесуальним, кримінально-процесуальним та адміністративно-процесуальним, що свідчить про їх комплексний характер та багатоаспектність. Разом з тим, з'ясування питання, якою саме галуззю права регулюється той або інший бік цих відносин, має важливе значення, оскільки дозволяє визначити: у яких напрямках необхідно проводити реформи, спрямовані на вдосконалення їх правового забезпечення; які наукові дослідження та за якою спеціальністю потрібно здійснити для наукового обґрунтування шляхів оптимізації їх нормативно-правового

регулювання тощо.

У цьому ракурсі, маємо відмітити наявність певних проблем щодо розмежування сфер правового впливу окремих із названих галузей права, що, вочевидь, не сприяє ані коректному вивченню окреслених відносин, ані розробці та впровадженню заходів з поліпшення їх нормативно-правового забезпечення. Зокрема, мова йде про предмети правового регулювання адміністративного і кримінально-процесуального права у вказаній сфері. При цьому, зазначимо, що деякі спроби вирішення цієї проблеми можна знайти у наукових працях М. П. Букіна, Г. М. Василенка, В. А. Гуменюка, В. О. Криволапчука та інших вчених, проте їх бачення зазначеної ситуації не співпадає, а єдиної позиції стосовно розуміння поставленого питання, відповідно, все ще не вироблено.

З огляду на це, метою статті є обґрунтування авторського підходу до розмежування сфер правового впливу адміністративної та кримінально-процесуальної галузей права на відносини із забезпечення права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов. Для її досягнення необхідно виконати наступні завдання: встановити які напрямки діяльності у сфері проведення негласних слідчих (розшукових) дій регулюються положеннями кримінально-процесуального та адміністративного законодавства; з'ясувати правову природу діяльності оперативних працівників правоохоронних органів; розглянути сутність негласних слідчих дій як напрямку оперативно-розшукової діяльності та їх роль у досудовому розслідуванні злочинів; визначити коло відносин із забезпечення права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов, які становлять предмети правового регулювання адміністративного і кримінально-процесуального права.

Приступаючи до їх вирішення, зауважимо, що адміністративне право, як відомо, регулює відносини, які складаються між приватними особами та суб'єктами публічної адміністрації, а також між самими суб'єктами публічної адміністрації у сфері публічного управління, а кримінально-процесуальне право – відносини, пов'язані із досудовим

розслідуванням злочинів та розглядом справ у порядку кримінального судочинства¹. Тобто ці галузі права мають різні предмети правового впливу, які, на перший погляд, не перетинаються. Однак, у сфері забезпечення права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов насправді виникають відносини, правова природа яких викликає дискусії серед вчених. Мова йде про відносини, які складаються з приводу здійснення уповноваженими суб'єктами оперативно-розшукової діяльності.

Неоднозначність наукових підходів щодо їх розуміння², наштовхує нас на

¹ Кримінальний процес : підручник / [Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної. О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013., С. 28.

² Букін М. П. Проблеми розмежування правовідносин, які виникають під час оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ / М. П. Букін // Вісник ХНУВС. – 2010. – № 4 (51). – Ч. 1. – С. 159-167; Гуменюк В. А. Оперативно-розшукова діяльність як складова адміністративної діяльності органів внутрішніх справ / В. А. Гуменюк // Право і безпека. – 2011. – № 4 (41). – С. 50-53; Криволапчук В. О. Визначення адміністративно-правових відносин, які виникають під час оперативно-розшукової діяльності підрозділів кримінальної міліції / В. О. Криволапчук // Південноукраїнський правничий часопис. – 2014. – № 3. – С. 117-119; Василенко Г. Н. Административно-правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : Спец. 12.00.14 «административное право, финансовое право, информационное право» / Г. Н. Василенко. – М., 2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lawtheses.com/administrativno-pravovoe-regulirovanie-operativno-rozysknoy-deyatelnosti-organov-vnutrennih-del>

думку про необхідність ґрунтовного аналізу положень чинних нормативно-правових актів та сучасної юридичної літератури з окресленої проблематики. Такий крок дозволить сформуванню чіткої позиції на рахунок сутності цих відносин та встановити, нормами яких галузей права вони регулюються: адміністративного чи кримінально-процесуального. У зв'язку з цим, пропонуємо розпочати з вивчення положень Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України³ як основного джерела кримінально-процесуального законодавства.

Рухаючись у цьому напрямку, насамперед, зауважимо, що названий нормативно-правовий акт містить низку статей, присвячених проведенню негласних слідчих (розшукових) дій (вони, як відомо, становлять собою один із напрямків оперативно-розшукової діяльності, безпосередньо пов'язаних із втручанням у приватне спілкування особи, що включає арешт, огляд та виїмку кореспонденції, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних мереж (ч. 4 ст. 258 КПК України)). Серед них, зокрема: ст.ст. 246-257 КПК України, якими урегульовано

підстави проведення, порядок організації та використання результатів негласних слідчих дій; ст.ст. 258-266 КПК України, які регламентують сутність цих дій, особливості їх здійснення та використання інформації, отриманої завдяки їх проведенню.

Наявність таких положень у КПК України, якщо не вдаватись до деталізації їх змісту, може викликати хибне враження, що оперативно-розшукова діяльність в частині здійснення негласних слідчих дій є сукупністю кримінально-процесуальних дій та регулюється, відповідно, кримінально-процесуальним правом. Проте уважне ознайомлення з ними та іншими нормами, закріпленими у КПК України, доводить протилежне.

Так, безпосередніми суб'єктами кримінального процесу із публічно-владними повноваженнями (таке формулювання має значення для того, щоб не перераховувати усіх учасників кримінального процесу, діяльність яких не має відношення до досліджуваного нами кола суспільних відносин, наприклад: обвинуваченого та його захисника, потерпілого, експертів тощо) є суд щодо відправлення правосуддя у порядку кримінального судочинства (ст. 30 КПК України), прокурор, який здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням (ст. 36 КПК України), та органи досудового розслідування, що

³ Кримінальний процесуальний кодекс України : від 13 квітня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – ст. 88.

проводять дізнання та досудове слідство (ст. 38 КПК України). Досудове розслідування здійснюється виключно слідчими підрозділами таких органів, а точніше керівником слідчого підрозділу та слідчим (ст.ст. 39, 40, 216 КПК України). Ці особи уповноважені розпочинати досудове розслідування, визначати шляхи та методи розкриття злочину, вивчати матеріали, оцінювати їх та приймати рішення про використання їх у справі як докази тощо (ст.ст. 39, 40, 93, 94 та ін. КПК України). Названа діяльність зазначених суб'єктів супроводжується відповідним процесуальним оформленням та становить предмет правового регулювання кримінально-процесуального права.

У цьому контексті, зазначимо, що слідчі в інтересах кримінального провадження під час здійснення досудового розслідування уповноважені як самостійно проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії (п. 2 ч. 2 ст. 40 КПК України), так і використовувати інший спосіб отримання необхідної інформації – звертатись із дорученням про проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій до відповідних оперативних підрозділів (п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України). Саме у такому напрямку ст. 41 КПК України під назвою «Оперативні підрозділи» і регламентує певні

повноваження оперативних підрозділів правоохоронних органів, а саме, закріплює: перелік правоохоронних органів, оперативні підрозділи яких уповноважені виконувати доручення слідчих та прокурорів щодо проведення слідчих та негласних слідчих дій; обов'язковість виконання ними доручень слідчих та прокурорів. З огляду на це, ще раз особливо підкреслимо, що звернення слідчого до оперативних працівників із дорученням є одним зі способів отримання необхідної слідчому інформації.

У свою чергу, самостійних кримінально-процесуальних повноважень оперативних підрозділів правоохоронних органів КПК України не закріплює (більш того, у ч. 2 ст. 41 встановлює, що оперативні працівники не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора), він лише передбачає, що співробітники оперативного підрозділу під час виконання зазначених доручень можуть користуватись повноваженнями слідчого (ч. 2 ст. 41 КПК України).

Крім того, якщо ознайомитись зі змістом ст.ст. 246-266 КПК України, якими регламентується проведення негласних слідчих дій, то можна дійти висновку, що вони спрямовані на урегулювання дій лише слідчого та

прокурора під час досудового розслідування в інтересах кримінального провадження. Діяльність же оперативних працівників ці норми не урегульовують.

Викладене дозволяє нам стверджувати, що:

1) суб'єктами кримінального процесу є слідчий та прокурор;

2) сфера дії кримінально-процесуального законодавства поширюється на діяльність прокурора, щодо виконання ним процесуальних повноважень, і слідчого, щодо проведення ним слідчих дій самостійно та здійснення ним інших дій, пов'язаних з реалізацією кримінально-процесуальних повноважень (наприклад, прийняття рішення про доручення оперативним працівникам провести негласні слідчі дії та ін.);

3) оперативні працівники не відносяться до кола суб'єктів кримінального процесу, а їх діяльність (у тому числі порядок проведення ними негласних слідчих дій) не регулюється кримінально-процесуальним законодавством.

У такому разі, якщо керуватись науковими поглядами М. П. Букіна, можемо підсумувати, що «публічні повноваження працівників оперативно-розшукових підрозділів, які не врегульовані кримінально-процесуальним законодавством, регламентуються адміністративним законодавством, а отже,

і відносини, що виникають при цьому, є адміністративно-правовими»⁴. Відповідно до такої логіки, за ознакою нормативного закріплення можна розмежувати предмети правового регулювання адміністративного і кримінально-процесуального права у сфері оперативно-розшукової діяльності наступним чином:

1) кримінально-процесуальне право регулює відносини, які складаються з приводу реалізації прокурором та слідчим кримінально-процесуальних повноважень, у тому числі, з приводу проведення негласних слідчих дій;

2) адміністративне право регулює відносини, які складаються з приводу проведення негласних слідчих дій оперативними працівниками правоохоронних органів.

Проте, на наш погляд, для обґрунтування правової природи оперативно-розшукової діяльності не достатньо спиратись лише на факт нормативного закріплення або його відсутності. Тому, пропонуємо продовжити виклад поставленого питання

⁴ Букін М. П. Проблеми розмежування правовідносин, які виникають під час оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ / М. П. Букін // Вісник ХНУВС. – 2010. – № 4 (51). – Ч. 1. – С. 159-167; Букін М. П. Адміністративно-правове регулювання оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ : автореф. Дис. ... канд. юрид. наук : Спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / М. П. Букін. – Х., 2011, С. 6, 14.

з метою формулювання додаткових аргументів на користь зазначеного вище підходу до розмежування названих галузей права.

З цією метою, підкреслимо кілька загальноновизнаних юридичною наукою фактів, а саме:

1) належність правоохоронних органів, у тому числі органів національної поліції, які до того ж є органами виконавчої влади⁵, до суб'єктів публічної адміністрації⁶;

2) поширення сфери впливу адміністративного права на правоохоронну діяльність⁷;

⁵ Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 40-41. – ст. 379.

⁶ Мельник Р. С. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко ; За заг. ред. Р. С. Мельника. – К. : Ваіте, 2014, С. 127, 139-141, 193-194; Друцул Т. І. Органи публічної адміністрації як суб'єкти адміністративного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : Спец. 12.00.07 «адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / Т. І. Друцул. – Ірпінь, 2015. – 20 с.; Кравцова Т. М. Поняття та принципи діяльності публічної адміністрації / Т. М. Кравцова, А. В. Солонар // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 522-525; Ковбас І. В. Особливості системи органів публічної адміністрації в Україні / І. В. Ковбас, Т. І. Друцул // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2012. – Вип. 628. – С. 104-109.

⁷ Алфьоров С. М. Адміністративне право. Загальна частина : навч. посіб. / С. М. Алфьоров, С. В. Ващенко, М. М. Долгополова, А. П. Купін. – К. : Центр учбової літератури, 2011, С. 9, 12, 17; Коваль Л. В. Адміністративне право : курс лекцій [для студ. юрид. вузів та факультетів]. / Л. В. Коваль. – [3-є вид.]. – К. : Вентурі, 1998, С. 4; Мельник Р. С. Загальне адміністративне право : навчальний

3) адміністративний характер повноважень, зокрема, органів національної поліції з приводу виявлення, запобігання, припинення та розкриття злочинів, вжиття з цією метою оперативно-розшукових та профілактичних заходів, передбачених чинним законодавством⁸.

Їх узагальнення дозволяє дійти висновку, що діяльність оперативних працівників правоохоронних органів, включаючи проведення ними негласно-слідчих дій, здійснюється у контексті реалізації правоохоронної функції, покладеної на правоохоронні органи як суб'єктів публічної адміністрації, а тому становить предмет правового регулювання адміністративного права.

Між тим, на користь даного твердження слугує також і сутність оперативно-розшукової діяльності, включаючи негласні слідчі дії, яка впливає з аналізу чинних нормативних документів. Зокрема, ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»⁹ встановлює, що матеріали оперативно-розшукової діяльності

посібник / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко ; За заг. ред. Р. С. Мельника. – К. : Ваіте, 2014, С. 193-194.

⁸ Мельник Р. С. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко ; За заг. ред. Р. С. Мельника. – К. : Ваіте, 2014, С. 189, 193-194.

⁹ Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – ст. 303.

використовуються: як приводи та підстави для початку досудового розслідування; для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні; для попередження, виявлення, припинення і розслідування злочинів, розвідувально-підривних посягань проти України, розшуку злочинців та осіб, які без вісті зникли та ін. Її вивчення дозволяє виділити декілька основних рис оперативно-розшукової діяльності, серед яких наступні:

1) її результати:

- можуть призводити до початку кримінального провадження, що свідчить про самостійний характер цієї діяльності (п. 1 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»);

- «можуть» використовуватись як докази, тобто закон не встановлює обов'язковості використання цих результатів як доказів, що вказує на допоміжний характер оперативно-розшукової діяльності (п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність») та ін.;

2) негласні слідчі дії як один з напрямків оперативно-розшукової діяльності можуть проводитись з метою: запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину; запобігання і припинення терористичних актів та інших посягань спеціальних служб іноземних держав та організацій; отримання

розвідувальної інформації для забезпечення зовнішньої безпеки України (ч. 3-4 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). Цей перелік, у свою чергу, доводить, що оперативно-розшукова діяльність, включаючи негласні слідчі дії, має ширше призначення, аніж допомога у досудовому розслідуванні вчинених злочинів, а тому не обмежується потребами кримінального процесу. Тим більш, що й відповідно до ст. 31 Конституції України¹⁰, винятки з правила щодо дотримання таємниці кореспонденції і телефонних розмов (тобто, власне, проведення відомих негласних слідчих дій) можуть встановлюватись не лише з метою з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, а й з метою запобігти злочиніві.

Таким чином, можемо підсумувати, що оперативно-розшукова діяльність оперативних працівників правоохоронних органів носить самостійний характер, здійснюється поза межами досудового розслідування, а її результати мають допоміжне значення у досудовому розслідуванні злочинів. Це, на наш погляд, додатково підтверджує, що оперативно-розшукова діяльність (як один із напрямків діяльності правоохоронних органів) становить предмет адміністративного

¹⁰ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – ст. 141.

права.

На останок зауважимо, що висновки з приводу адміністративно-правової природи оперативно-розшукової діяльності правоохоронних органів, включаючи негласні слідчі дії їх оперативних працівників, мають під собою також і історично-правове підґрунтя. У цьому ракурсі нагадаємо, що у системі національного права дореволюційного періоду, коли ідея адміністративного права ще не була спотворена радянською владою, самостійне місце займало поліцейське право, яким регулювалась, зокрема, діяльність правоохоронних органів. На початку ХХ ст. на його базі, як відомо, було сформоване адміністративне право, до якого поліцейське право було включене як підгалузь¹¹. Пристосовуючи його дефініцію до сучасних правових реалій, Ю. В. Фомін визначає поліцейське право як сукупність адміністративно-правових норм, що регулюють відносини, які виникають під час діяльності органів внутрішніх справ України щодо охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки, запобігання й боротьби зі злочинами та адміністративними правопорушеннями¹².

¹¹ Фомін Ю. В. Поліцейське право та поліцейське законодавство як правова основа діяльності органів внутрішніх справ / Ю. В. Фомін // Право і безпека. – 2011. – № 4 (41). – С. 90-95.

¹² Фомін Ю. В. Поліцейське право та поліцейське законодавство як правова основа

Аналогічних поглядів дотримуються й інші провідні вітчизняні вчені. Наприклад, Р. С. Мельник наголошує на тому, що поліція (міліція) керується у своїй діяльності нормами поліцейського права, виконуючи публічну функцію, пов'язану з охороною громадського порядку та громадської безпеки, захистом громадян від злочинних посягань, розшуком злочинців та розкриттям злочинів, попередженням правопорушень¹³.

Розглянуті дефініції дозволяють уточнити, що відносини з приводу виконання правоохоронними органами (органами поліції) їх прямих повноважень, які пов'язані «з охороною громадського порядку та громадської безпеки, захистом громадян від злочинних посягань, розшуком злочинців та розкриттям злочинів, попередженням правопорушень»¹⁴ (що здійснюється у тому числі шляхом проведення негласних слідчих дій), ще століття назад становили предмет адміністративного (поліцейського права).

Але період розвитку законодавства і правової науки, який розпочався після

діяльності органів внутрішніх справ / Ю. В. Фомін // Право і безпека. – 2011. – № 4 (41). – С. 90-95.

¹³ Мельник Р. С. Поліцейське право в Україні: нотатки до наукової дискусії / Р. С. Мельник // Адміністративне право та процес. – 2011. – № 3 (16). – С. 32-37.

¹⁴ Мельник Р. С. Поліцейське право в Україні: нотатки до наукової дискусії / Р. С. Мельник // Адміністративне право та процес. – 2011. – № 3 (16). – С. 32-37.

1917 р. та закінчився наприкінці ХХ ст., ознаменував собою категоричну відмову від поліцейського права, оскільки вважалося, що поліцейське право є надбанням виключно буржуазної правової думки та буржуазної правотворчості і не може мати місця у радянській системі права¹⁵. Тим самим поліцейське право було виключено з національної правової системи, що вплинуло й на подальше ігнорування даної галузі науковцями незалежної України. Разом з цим, загальновідомі знання про негативний бік розвитку вітчизняного права у радянський період підштовхують нас до думки, що відновлення поліцейського права в українській правовій системі є логічним кроком. Відповідно, визнання та уточнення системи поліцейського права дозволило б остаточно вирішити проблему розмежування предмету правового впливу адміністративного та кримінально-процесуального права у сфері, що розглядається.

Таким чином, підводячи підсумки, наголосимо на існуючих у наукових джерелах проблемах з приводу розмежування сфер правового впливу адміністративного і кримінально-процесуального права на відносини із

¹⁵ Мельник Р. С. Поліцейське право в Україні: нотатки до наукової дискусії / Р. С. Мельник // Адміністративне право та процес. – 2011. – № 3 (16). – С. 32-37.

забезпечення права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов, коли мова йде про встановлення правової природи оперативно-розшукової діяльності. Однак, проведене дослідження дозволило провести чітку межу між ними, а саме: кримінально-процесуальне право регулює діяльність слідчого (у разі проведення негласних слідчих дій ним самостійно, здійснення інших процесуальних дій) та прокурора (при виконанні процесуальної функції), що підтверджується відповідними положеннями кримінально-процесуального законодавства. Натомість адміністративне право регулює оперативно-розшукову діяльність оперативних співробітників правоохоронних органів, у тому числі щодо проведення негласних слідчих дій (відносини, які складаються при цьому, регламентуються положеннями адміністративного законодавства). На користь адміністративно-правової природи останніх свідчать: статус правоохоронних органів як суб'єктів публічної адміністрації; характер, зміст та спрямованість оперативно-розшукової діяльності; адміністративно-правова природа відносин, що виникають під час діяльності суб'єктів публічної адміністрації, яка не регламентується нормами КПК України; відсутність у оперативних правоохоронних органів

статусу суб'єктів кримінального процесу;
регламентація нормами КПК України дій
лише слідчого, прокурора та суду;
історичні обставини становлення
адміністративного права в Україні та
сутність поліцейського права як його
підгалузі.

Equality under the law challenged by new reality: rethinking the principle

Oksana Vasylchenko

Doctor of Law, Professor,

Taras Shevchenko National University of Kyiv

Ukraine

1. *Aequum et bonum est lex legum*¹

The level of the development of democracy is associated with the level of freedom, which despite some differences that depend on various objective and subjective circumstances is compared with the affiliated extent of the rights, freedoms and responsibilities with ensuring presence or absence of equality under the law. This axiom defines the development of the legal system of a democratic state, which is invariably associated with the establishment of an equitable social order in a particular state. It is legally embodied in the principle of equality under the law, which is one of the most important foundations of the rule of law - the hallmarks of the legitimacy of the state and its authorities.

Though the right to equality under the law and the protection of all persons against discrimination are fundamental norms of international human rights law, the recognition and enjoyment of equal rights still remain

beyond the reach of large sections of humanity².

Thinkers, philosophers and lawyers have always noted the importance of law as a regulator of social relations. The author of this article attempts to stress on two objectives of law – on the one hand, it limits the actions of people and on the other – protects them by setting limits to the powers of government. These principal functions of law have been known since ancient times. The British always believed in the force of law, considering it as a resort at any time and as a tool to limit the actions not only of the individual but also the state. The so-called “birth certificate of the rule of law” – the Magna Carta – is widely recognized to be a pillar of liberty, a major source of the modern concept of executive accountability, and foundation of the rule of law principle in the United States, the United Kingdom, and the Commonwealth countries³. It reinforced the

¹ Justice and good are the law of the laws (lat.).

² Declaration of Principles on Equality, <http://hrlibrary.umn.edu/instate/declar_principles_equality.pdf>.

³ Magna Carta and the Rule of Law (American Bar Association, 2015), <<http://www.americanbar.org/groups/leadership/office>>

position of the rule of law putting the king in the equal position with the rest of the society. It is absolutely worth mentioning that in 2015 there was the 800 anniversary of signing the Magna Carta.

The 1628 Petition of the Rights was drafted in the same spirit: it appealed to the king requesting to follow the country's laws, which imposed on him the same restriction as on his subjects. As John Harvey fairly noted, the priority of the law involves, first of all, the distribution of state power reasonably by specific and detailed legislation (practically, a number of laws) and implies the principle of freedom and equal treatment of all citizens under the law. The primacy of the law (in other words *dominium* of law within a specific state) has deeper meaning, if discretionary power is perceived as wise and legitimate, if its possibilities and ways of action are clearly regulated and, if necessary attention is paid to the rights and freedoms of its stakeholders⁴.

“Law” is a multifaceted category and it is associated with different concepts and phenomena. In general, the law may be considered:

[_of_the_president/magnacarta/magna-carta-and-the-rule-of-law.html](#)>.

⁴ Харви Дж. Примат закона / Дж. Харви, А. Л. Безер // Российский бюллетень по правам человека : [сборник] / Проект. группа по правам человека. – Москва : ИНТУ, 1994. – Вып. 7. – С. 146–147, p.11

- as a set of mandatory rules and government regulations that define public relations;

- embodiment of the highest power in society;

- a document which prescribes, abolishes or amends legal regulations. A more elaborated definition of this term is presented in the literature. In particular, the law is defined as a legal act adopted by the supreme state authority or through direct will of the people (by referendum), which usually regulates the most important public relations⁵; it is an important kind of formal sources of law, an act of law, which has the highest legal force in relation to other legal acts of the state⁶; a normative legal act is adopted by the parliament or directly by the people through a referendum, regulates the most important public relations and is obligatory⁷.

⁵ Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва : ИНФРА-М, 2003. – 704 с. (Kharvy Dzh. Prymat zakona / Dzh. Kharvy, A. L. Bezer // Rosсыysky byulleten po pravam cheloveka : [sbornyk] / Proekt. hruppa po pravam cheloveka. – Moskva : YNTU, 1994. – Вып. 7. – С. 146–147, p.11) [J. Harvey. The primacy of law].

⁶ Конституционное право : словарь / отв. ред. В. В. Маклаков. – Москва : Юристъ, 2001. – 560 с. (Bol'shoy yurydychesky slovar / pod red. A. YA. Sukhareva, V. E. Krut-skykh. – 2-e yzd., pererab. y dop. – Moskva : YNFRA-M, 2003. – 704 s.) [Large legal dictionary].

⁷ Конституционное право : энциклопед. слов. / отв. ред. и рук. авт. колл. С. А. Авакьян. – Москва : Норма-инфра-м, 2000. – 675 с. (Konstytutsyonnoe pravo : éntsikloped. slov. / otv. red. y ruk. avt. koll. S. A. Avakyan. – Moskva : Norma-ynfra-m, 2000. – 675 s.) [Constitutional law].

2. *Salus populi suprema lex*⁸

Now we turn to the notion of a law-based state, which rests on the shoulders of law because its *imperium* and *dominium* depend on the law. The meaning of this notion, especially in certain states of the former Soviet Union, has been deformed and inappropriately understood to mean “state based on the principle of the supremacy of laws” (laws as written rules), in French “*prééminence des lois*” (i.e., not “*du droit*”). Such a formalistic interpretation of the term “*Etat de droit*” runs contrary to the essence of Rule of Law/*prééminence du droit*⁹. What is the correct meaning of the notion then? The state, public authorities and civil servants, public associations and other legal entities act with the Constitution in mind and in accordance with the established laws, ensuring the rule of law.

In this regard, Aristotel is probably the first to be mentioned. In his *Politics* Aristotle vigorously debates the matter whether political authority is better exercised through a “rule [primacy, supremacy] of law” or “a rule of men,” say of one best person, or a democratic assembly, or indeed a court. He takes his arguments to suggest the answer that in almost all the societies, on almost all occa-

⁸ The good of the people is the highest law (lat.).

⁹ The principle of the Rule of Law (Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 2007), <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11593>>.

sions and issues, it is preferable that government is by or in accordance with law, since

“(i) laws are products of reason(s) not passion(s),

(ii) the sovereignty of a ruler or assembly tends to tyranny (i.e., rule in interests of a section, not common good),

(iii) equality demands that each mature person has some share in governing, and

(iv) rotation of offices and officeholders is desirable and can hardly be managed without legal regulation. So for Aristotle, the central case of practical authority is government of a *polis* by law and legally regulated rulers”¹⁰.

However, the idea of Equality under the Law is often associated with the late political philosophers of the enlightenment era. The ideas and doctrines of John Locke, Sharle Montesquieu, Thomas Jefferson, Emmanuil Kant and other famous scholars and thinkers influenced the modern concept of the rule of law. Thus, according to John Locke, the rule of law that corresponds to the natural law should dominate in a state; he also recognizes the inalienable rights and freedoms. Sharle Montesquieu, in his turn, distinguishes three types of state power - legislative, executive and judicial, stresses that to prevent abuse of power a special

¹⁰ Natural Law Theories (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015), <<https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/#RulLawRemForDanHavRul>>.

procedure by which this branch would be able to limit and constrain each other must be provided¹¹.

Like the ideas of democracy, science, critical rationalism and private property, so the ideas of Equality under the Law and of the Rule of Law embody an important part of the intellectual and cultural foundation of the Occident. As the historian Phillippe Nemo explains, all these ideas are a product of the “morphogenesis of the west”, which consisted of cultural inventions of the old Greeks, the humanism of the old Romans, and the eschatological revolutions of the bible¹². To be able to understand the reasons for the emergence of the intellectual and cultural invention of Equality under the Law, we are to have a look to the political changes after 1 200 b.c. in the ancient Greece, when the Greeks experienced a crisis of sovereignty, through which political power became collectivized. As more and more decisions of the “Polis” were delegated from the central monarch to the public, a “space of publicity” emerged; within that space, the arts of rhetoric, logic, and of intellectual reasoning became increasingly important. In such a society the moral value and the universability

¹¹ Политология : учеб. пособие для вузов / под ред. М. А. Василика. – Москва : Юрист, 2001. – 592 с., 319 (Politologiya : ucheb. posobiye dlya vuzov / pod red. M. A. Vasilika. – Moskva : Yurist, 2001. – 592 s., 319) [Political Science: Textbook].

¹² Nemo, Ph. (2004): Qu'est-ce que l'Occident?, PUF, collection Quadrige, Paris.

of the argument obtained more and more power against the social position of the person who was expressing the argument¹³.

The above ideas launched a direct impact on the development of constitutional law. The idea of law was formulated in the French Declaration of the Rights of Man of 1789, which stipulated that “a society which lacks the division of power and enjoyment of rights, has no Constitution”¹⁴. The idea of a law-based state gets its development in the late XIX century, however, it acquires its genuine meaning later, when opposed to non-democratic societies. It flourishes only in the mid-twentieth century, when autocratic regimes fell and the rule of law was introduced in many newly-created states, including Ukraine. Today, the rule of law – is an organization of political power, which sets conditions for the most complete protection of rights and freedoms, and legal restriction to the state authorities to prevent possible abuses¹⁵. That is, the rule of law is a form of organization and functioning of government,

¹³ Sprich, Christoph. Equality Before the Law and its Role for Transition to Capitalism Thoughts from Hayekian Epistemology and Social Theory (Independent Institute, 2005), <<http://www.independent.org/students/essay/essay.asp?id=1607>>.

¹⁴ Современные зарубежные конституции : сб. док. по конституц. праву зарубеж. стран / В. В. Маклаков ; отв. ред. Б. А. Страшун. – Москва : Б.в., 1996. – 285 с., p.100

¹⁵ Комаров С. А. Теория государства и права : учеб.-метод. пособие ; крат. учеб. для вузов / С. А. Комаров, А. В. Малько. – Москва : Норма-инфра-м, 2001. – 448 с., p.100

where the state itself, the society and every single individual respect the law and are treated equally thereby. In such a way law bridges the state, society and individuals.

The rule of law is based on the following basic principles:

a) the primacy and the rule of law in all spheres of public life, i.e. the law establishes the rights and obligations of all participants of public relations and provides absolute subordination of law; universality of the rights provides for its application by all citizens, organizations and institutions, including the public authorities;

b) guarantees individual rights, possibility of free development, inviolability of fundamental rights and freedoms, the reality of their exercise, their national security and defense;

c) the principle of separation of powers – the separation of state power into legislative, executive and judicial, except that the unity of their actions on the basis of the procedures are provided by the Constitution and the rule of a particular legislature; their decisions are obligatory subject to being within the legal framework;

d) mutual responsibility of the state and individual – the relationship between the state and individuals are based on the principle of reciprocity of the rights and duties and on the basis of equal responsibility for their actions under the law; the scope of the rule of law is limited to the protection of

the rights and freedoms, public order, creation of favorable legal environment for business and other activities¹⁶.

Besides, essential features of the modern rule of law are principles of the existence of effective monitoring and supervision over the implementation of the law (first of all, judiciary) and developed civil society. In fact, the birth of a law-based state is possible only through the development of civil society, which is a variety of unmediated power relations of free and equal individuals under the conditions of a democratic legal state¹⁷.

Thus, if we consider the case of Ukraine, one may trace the clear influence of Western democracies, when coining the rule of law principle in its legislation. Article 1 of the Constitution of Ukraine defines Ukraine as a democratic state¹⁸. Such key features and principles of law as the priority of human rights and civil rights, independence of the judiciary as a guarantor of the rights and freedoms, rule of law, separation of powers and other principles and notions mentioned above have been stipulated in the Basic Law of Ukraine (the Articles 3, 6, 8, 126)¹⁹. Equality under the law, as one of the most important and integral principles of law, is enshrined in the Art. 24 (1) of the

¹⁶ Ibid, pp. 320-321.

¹⁷ Ibid., p.321.

¹⁸ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141

¹⁹ Ibid.

Constitution of Ukraine: “Citizens have equal constitutional rights and freedoms and are equal under the law”²⁰. The same Article establishes equality under the law only for citizens of Ukraine, however, the Art. 21 of the Basic Law declares that “all men are free and equal in dignity and rights”, and the Art. 26 of the Basic Law of Ukraine stipulates that foreign nationals and stateless persons, who are staying in Ukraine on legal grounds enjoy the same rights and freedoms and have the same duties as citizens of Ukraine, with the exceptions established by the Constitution, laws or international treaties of Ukraine²¹. This provision is particularly interesting considering the recent political changes in the US, the cradle of democracy and human rights, which are studied below.

Therefore, the law in Ukraine establishes legal equality not only for citizens but also foreign nationals and stateless persons, who are equal under the law, regardless of their origin, social or economic status, race, nationality, sex, language, religion, occupation and other circumstances.

Thus, the rights of foreign nationals and stateless persons in Ukraine correspond generally accepted norms of international law, in particular, the Art. 7 of the Universal Declaration of Human Rights, which states that all people are equal under the law and are entitled without any discrimination, to equal

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

protection of the law against any discrimination and against any incitement to such discrimination²², the Art. 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which stipulates that all persons are equal under the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law²³.

Therefore, the rule of law is a form of organization and activities of the government, where the rule of law is ensured, the rights and freedoms of a man and citizen are guaranteed, there is a separation of state power and legitimacy, and all people are equal under the law and justice²⁴.

In certain national and regional legal systems, equality legislation has evolved in the last few decades. It contains legal concepts, definitions, approaches and jurisprudence, some of which have taken the protection against discrimination and the realization of the right to equality to a higher level. However, the disparity between international human rights law and national law as well as regional approaches to equality hinders progress. Therefore, a major effort is required to modernize and integrate legal standards relat-

²² Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / упоряд. Ю. К. Качуренко. – Київ : Наук. думка, 1992. – 199 с.

²³ Ibid.

²⁴ Тодыка Ю. Н. Основы конституционного строя Украины : учеб. пособие / Ю. Н. Тодыка. – Харьков : Факт, 1999. – 320 с., p.36

ed to the protection against discrimination and the promotion of equality²⁵.

The best gift to any democratic society that can be offered to its citizens is the democratic rule of law. A democratic rule of law is a system of mutually agreed rules and regulations that must be based on reasons, common sense principles, ethical standards, democratic values and ideology²⁶.

The following features stand beyond the democracy of laws:

- express the will of the multinational people of the state;
- govern the interests of the majority members of society;
- extend their legal authority to all members of society.

Unlike democratic laws undemocratic laws do not simply poorly reflect the interests of the population, but often completely contradict them. One of its clear features is serving the interests of the political elite without so to say thinking about the future generations and the interests of the society as a whole. Such laws are ‘short-term’, they may even be harming for the society (a vivid example are the ‘Draconian laws of Ukraine’, which meant to restrict the freedom of

assembly and other freedoms in Ukraine²⁷). Besides, laws in many cases are the result of lobbying, the essence of which lies in the financing and provision of various services by the business groups and criminal organizations by certain representatives of state power and administration, defending the interests of these structures through the adoption of certain laws and regulations, political administrative and other official decisions. Quality characteristics of lobbying are that the promotion of specific interests at the expense of limiting the legitimate interests of other actors (various groups, organizations, society and the state as a whole). Here the equality under the law, of course, is not necessary, since the adoption of that law is the embodiment of privilege of some groups over others.

Approaching the great puzzle of modern democratic societies, it is also worth mentioning the issue of justice and injustice of the laws. For example, sometimes the possibility to interpret laws differently, which implies giving them different meaning, brings about the possibility to make use out of certain laws, when it can serve both the good, equality and justice, and serve selfish interests

²⁵ Declaration of Principles on Equality, *supra* note 4.

²⁶ Maskanian, Bahram, *The Democratic Rule of Law* (The Venus Project Foundation, 2017), <http://venusproject.org/keywords/the-democratic-rule-of-law.html>

²⁷ The under-pressure adoption of laws by the Verkhovna Rada with a view to limit the freedom of expression and a number of fundamental human rights, abolish the freedom of assembly, and impede the work of non-governmental organizations in violation of procedures, known as the Dictatorship Laws of January 16, 2014, which were orchestrated by Yanukovich and his allies

at the same time²⁸. However, one may talk about the embodiment of equity in legislation only when the whole legal system serves the interest of the whole society. One may rely on the maxim that *'dura lex sed lex'*, which means that it is harsh, but it is the law, and bring about understanding that even if at first glance the law may be strict for an ordinary citizen, it still may aim at doing good in the result. As laws are not only about benefits, rights and freedoms for people, they also imply legal duties and responsibilities. The same goes for influential and power players – politicians – who should obey the laws no matter whether they like them or not, especially when they are elected by the people. They are not supposed to 'rewrite the laws'.

3. *Primus inter pares*²⁹

It seems that we are entering a period, when the so-called ordinary citizens (i.e. usually conservative, mostly without higher education) have decided that liberal democratic political system that has developed over the past 20-30 years (along with its established political class), obviously ignore their interests. They are convinced that their democratic and law-based states are 'not in the place they meant to be', that political leaders and other executives are busy with

'wrong issues'; that economic benefits and fruits of their everyday work are redistributed for the benefit of those who do not deserve these goods and their interest have not been on the tops of the list for quite a long time already³⁰.

The problem arises and it can be seen from politics, where newly elected leaders challenge existing legal frameworks by posing the question whether the law is perceived as equity and serves the nation as a whole as well as each particular individual.

It is the right time, when one should indeed revisit the concept of not mere declaring the rights and freedoms, but also ensuring the possibility to exercise the rights, to benefit from them by most of the society as the 'drafters' of such liberal democracy 'suffer' from their own scenarios. There is a need to break the pattern of their being solely declarative for many nations. The key question today is whether we are all truly equal under the law and justice or are there some 'more equal' than others?

Equality under the law and the court is not only a fundamental principle of the rights and freedoms in a democratic state of law, but also the foundation of the entire democratic political and legal system. But in a complicated transformation period for

²⁸ Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – Москва : Юрист, 1999. – 672 с., с.490-491

²⁹ The first among equal (lat.).

³⁰ Горбулін, Володимир. Європа і "заперечення": реалізм проти Бодлера (Дзеркало тижня, 10 березня 2017), <<http://gazeta.dt.ua/internal/evropa-i-zaperechennya-realizm-proti-bodlera-.html>>

statehood of many societies, *including developed ones*, unfortunately, it is often considered only as a declaration. Ensuring the implementation of the principle of equality of all persons under the court and the law as an integral component element of law involves improving the existing legislation to provide opportunities for effective application in practice of modern international norms guaranteeing legal equality and the prohibition of any discrimination³¹ as well as the optimization of the existing judicial system, expanding the independence of judges and increase confidence in the court of the population³².

As one of the leading political scientists Francis Fukuyama puts it: “Today, the greatest challenge to liberal democracy comes not so much from overtly authoritarian powers such as China, as from within. In the US, Britain, Europe, and a host of other countries, the democratic part of the political system is rising up against the liberal part, and threatening to use its apparent legitimacy to rip apart the rules that have heretofore constrained behaviour, anchoring an open and tolerant

³¹ Летнянчин Л. І. Конституційні обов’язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Л. І. Летнянчин ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Харків, 2002. – 22 с., р.170

³² Полховська І. К. Конституційний принцип рівності людини і громадянина в Україні: дис ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Полховська Інна Костянтинівна ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Харків, 2006. – 191 с.

world. The liberal elites that have created the system need to listen to the angry voices outside the gates and think about social equality and identity as top-drawer issues they must address”³³.

What else? Women protested around the world on Wednesday for equal rights and in the United States against President Donald Trump, with many Americans skipping work or boycotting stores to demand economic fairness on International Women's Day³⁴. In addition, changes in the concept of security narrow the space for the rights and values-based foreign policy, and as such may have a restrictive effect on its implementation. Trump’s apparent lack of respect for democratic principles and to some extent for human rights shakes the foundations for much of what are the underlying arguments behind a foreign policy designed to secure women’s rights and participation in important issues³⁵.

As a result, Donald Trump was not welcomed to address Parliament on his state visit to the UK because of its opposition to

³³ Fukuyama, Francis, US against the world? Trump’s America and the new global order (Financial Times, 11 Nov. 2016), <<https://www.ft.com/content/6a43cf54-a75d-11e6-8b69-02899e8bd9d1>>.

³⁴ Ax, Joseph and Fernandez, Lisa Women worldwide rally for equality, and against Trump in U.S. (Reuters, 9 Mar. 2017), <<http://www.reuters.com/article/us-womens-day-usa-idUSKBN16F19D>>.

³⁵ Lorentzen, Jenny, Why Trump Is Bad News for Gender Equality in Foreign Policy (PRIO blogs, 18 Nov. 2016), <https://blogs.prio.org/2016/11/why-trump-is-bad-news-for-gender-equality-in-foreign-policy/>

racism (as known, President Trump has introduced the immigration ban) and to sexism (President Trump is known to be intolerant to different minorities)³⁶.

4. *Lex uno ore omnes alloquitur*³⁷

And still the problem is much broader than the election results in the US. This is only one of the fronts of the problem faced by the entire Western world: there are different colliding challenges and problems, which the Western leaders (large-scale migration, decline of the economy, local military conflicts and civil wars and so forth) solve today, appear to be a litmus test for them – the response of the public, which is entitled to speak, decide and take actions (as it is mentioned above, the law-based state creates equal opportunities for all the members of the society), its reaction to these challenges and the way the political elite tackles them.

Hence, the other side of the coin labeled ‘democracy’ is popping up of populists on political and legal arena. They play on the sentiment of the society and offer ‘simple’ solutions to major problems, as mentioned above, serving primarily their personal goals. They offer to solve the problem of immigrants who also are entitled to particular rights by

³⁶ Stone, Jon. Donald Trump will not be allowed to address Parliament on UK state visit, says Speaker John Bercow (The Independent, 6 Feb. 2017), <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/donald-trump-uk-state-visit-speaker-address-parliament-a7565651.html>>.

³⁷ The law speaks the same language with everyone (lat.).

expelling them or building walls not to let them in; build roads, to show an active position in developing countries, be friend with influential international partners to seek deals etc. The public does not think about the consequences of such ‘solutions’ and their ineffectiveness as ‘plain people’ are interested in having a hope.

We believe that the only thing that still can stop such ‘new leaders’ of the so-called civilized world is the law and the principle of equality under the law. This law (in the broadest interpretation) is under the greatest pressure of this confrontation. Will the individuals ‘survive’ voluntarism of specific leaders? Can one man completely shift the course of the state, or is the latter ‘traditional’ and ‘rational’ not subject to radical changes along with the impossibility to consolidate all power in one hand? And this is where the international community will see how far the citizens of democratic states are willing to go to defend their values. Will they take to streets or will the law be strong enough to make the leaders humble?

5. Conclusions

The level of the development of democracy is associated with the level of freedom, which despite some differences that depend on various objective and subjective circumstances is assessed against the background of the affiliated extent of the rights, freedoms and responsibilities with ensuring presence or absence of equality

under the law. With “law” being a multifaceted category it has already been in the heart of every law-based state for several centuries. The Western thinkers influenced the constitutional law of today and triggered the mechanism of exercising the rights in democratic societies. Ironically, the West, which is the cradle of democracy, is one to prove how devoted to democracy it is today.

Thus, today it is the right time, when one should indeed revisit the concept of not mere declaring the rights and freedoms of a man and citizen, but also ensuring the possibility to exercise them, to benefit from them by most of the society as the ‘drafters’ of such liberal democracy ‘suffer’ from their own scenarios. There is a need to break the pattern of their being solely declarative for many nations. The key question today is whether we are all truly equal under the law and justice or some are ‘more equal’ than others.

Hence, the other side of the coin labeled ‘democracy’ is popping up of populists on political and legal arena, who challenge liberal democracy values and foundations. They play on the sentiment of the society and offer ‘simple’ solutions to major problems, serving primarily their personal goals. The law and the principle of equality under the law should have its position today and withstand possible shifts in political courses of specific countries.

